BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
9 G
26

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

13-8 A-12

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ÆGIDII
HORTENSII
IVRISCONSVLTI
ORDINARII IVRIS CIVILIS
in Academia Bituricenſi Profeſſoris,
Libelli Commentarii
IN
L. pacta conuenta 72. D. de contrahen. empt.
Tit. ſingulaſque leges, D. de præſcript. verb. & in factum actionib.

HIS ACCESSERVNT

In Tit. & ſingulas leges, D. de vſufruct. adcreſcend.
Tit. quando dies vſusfr. legat. ced.
Tit. & ſingulas leges, D. de tranſactionib.



BIBL. SEC. COLL. ROM. SOC. IESV
BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

FRANCOFVRTI,
Typis Sigiſmundi Latomi, impenſis Vincentii Steinmeyeri.
M. DC. IV.

CLARISSIMO ET
ERVDITISSIMO VIRO IOANNI
à Toledo, Plenipedis & Nigrilacus Abbati, Reginæque matris Conſiliario, & Eleemoſynario, Ægid. Hortenſius Anetenſis, Salutem.

CVm viderem interpretum ad hunc locum errores, vir clariſſime, mihi facil. fuit vt ſcis, commoueri ad ſuccurrendum vel tentandam veram Papiniano lucem: maxime ex quo tuũ mihi ad hanc rem acceſſit conſilium & auctoritas. Poſtquam igitur id mihi proſpere ceſſiſſe tu coram arbitratus es, quid aliud ſupereſt, quam vt cæterorum iudicium experiamur? Ea cauſa hãc meam opellam in publicum exire iuſſi, velamento nominis tui, ne quid ad bonum nomen, fauſtitatem & fauorem ei deſit. Hic locus illuſtris fuit, vt plerique alii, ab infamia & inſcitia interpretum, à qua nonnullos iam vt ſpero, vindicauimus maiori hactenus, vt tenes, inuidia quam fructu. Hunc vero & ſi nouiſſime vindicatum, repono & luce dono omnium primum, ſeu quod adeo ipſe mihi in eo placuerim, & tanquam amator morã ferre non poßim, ſeu quod tritura huius materiæ, tum in ſcholis, tum in foro diem, vt ita dicam, natalem & partum vrgeat. Non alius tota iuriſprudentia locus maioris momenti eſt: non alio magis publice intereſt de vera auctoris ſententia. Scio quam prima fronte docti indoctiq; vix audituri ſint noſtra hæc, omnia de adminiculis pacta, quæ poſtea facta detrahunt emptioni, cõtineri contractu videri, de iiſdem eadem, ne ab ingreſſu quidem emptionis facta ex parte agentis ineſſe. Sed tamen neminem adeo ferum & moroſum puto, vt non miteſcere, munis & lentus huic diſciplinæ eſſe poſſit, qui modo ſe nobis docilem præbuerit. Age igitur vir Clariſſ. fac

tuam hanc litem & te ei tutorem atq; auctorem para. Tuis auſpiciis hic fœtus geſtit prodire è latebris, & iam ſtricturæ eius luminis mihi videntur omnium oculos præſtringere. Præterea quæ tua ſunt in me merita, geſtio etiam ipſe notam aliquam grati in te animi emittere: ita ab ineunte ætate nullo à me officio prouocatus amicitiam tuã vltro obtuliſti, meam expetiiſti: nec vero ab hinc deſtitiſti conſolando, conſilio aut re adeſſe. Intratus peream, non tantum ſi hac tradam obliuioni, ſed & ſi argumentum aliquod non ſuſpendam deuotionis in te meæ: cum & ſine iſtis tuis in me beneficiis ab ipſa per ſe virtute tua, humanitate & eruditione, poſtquam earum gnarus fui, abunde ſuppetat vnde hic libertus noſter te ſibi patronum optabiliorem laudauerit. Deniq; Papiniani genio factum neminem oportet ante guſtare quam eum qui fecerit: feciſſe autem tu magis videare, vel eo vno quod mihi vt facerem, auctor fueris. Perſuaſiſſimum habeo exiguum hoc libamen, vt nihil non quod à me proficiſcatur, gratũ tibi futurum, ſed tamen gratum tibi eſto ea lege & conditione, vt ſi optes à me maiora, conſequaris tandem: poſſim modo aliquid par tuæ dignitati præſtare. Vale, Auarici Biturigum VI. Non. Decemb. 1602.

ÆGID.

AEGID. HORTENSII ANETENSIS AD L. PActa conuenta 72. D. de contrahen. empt. Commentarius.

PActum eſt duorum vel plurium in idem placitum & conſenſus, *l.1. ſup. de pact.* Pactorum vero quædam non tantum ſunt pacta, ſed etiam, & quidem proprie contractus, quædam ſunt tantum pacta, non etiam contractus. Contractus ſunt ea quæ per ſe actionem pariunt, pacta vero tantum ea, quæ non pariunt, *l.7. ſupr. de pact.* & quemadmodum illa non dicũtur pacta, quamuis ſint, ſed magis proprie & ſpecialiter contractus, ſic etiam iſta dicuntur hoc loco conuenta, id eſt nihil aliud quam pacta, vel certe quæ non eò vſque perueniunt, vt contractum faciant actionemue per ſe pariant. Quo modo pro pactis conuentis habemus etiam pacta non nuda, quæ ſcilicet initio contractus facta ſunt: quæ proprie dicuntur contractum actionemue ex eo formare, *d.l.7.§.quinimo.* Certe enim neque ipſa magis per ſe aut à capite ſuo actionem pariunt, quam nuda ſeu poſtea facta, ſed à contractu, cui adiiciuntur & cohærent, à quo hanc vim mutuantur, quo contractu ideo contineri & ineſſe dicuntur, *d. §. quinimo, & §. adeo.* Quod ſi actionem per ſe parerent, iam non pacta conuenta, ſed meliori & maiori nomine, vt eſſent reapſe, ſic certe appellarentur contractus, & iam non contineri vel abeſſe, ſed continere vel per ſe eſſe dicerentur. Sic Papinianus hoc loco vtitur & intelligit, quando non ſatis habet pacta conuenta appellare, ne (quod alias poſſemus) ea appellatione ea quoque pacta accipiamus, quæ in continenti cõtractus facta ſunt, ſed adiicit hæc verba, *quæ poſtea facta,* quibus verbis tandem ea excludit, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt: & quod vult de his pactis, quæ emptioni detra-

hunt vel adiiciunt,id reſtringit ad ea quę poſtea,id eſt,poſt aliquod temporis ab emptione interuallum facta ſunt; quaſi velit eorum propriam eſſe diſtinctionem,quam ponit inter pacta quæ detrahunt,& ea quæ adiiciunt,vt certe eſt. Omnia quidem pacta conuenta contractibus adiiciuntur,ſiue in continenti contractus, ſiue poſtea facta: Item omnia æque detrahunt vel adiiciunt,eo tamen ſenſu,quo ait Papin. de quo dicemus infra,ſed non æque contractu continentur vel contineri videntur. Nam ſi ab initio facta ſint, non intereſt emptioni detrahant an adiiciãt, omnia æque eo valent quo voluerunt emptor & venditor. Præciſe enim ſequimur id,quod ab initio cuiuſque contractus actum eſt. Pacta in ingreſſu contractus facta, proprie ei legem & formam dant, *d.§.quinimo,l. contractus 23.§ vlt.l.ſemper,34.inf.de diu.reg.iur.* ea proprie partem contractus faciunt,quamuis de acceſſionibus ſint,*l.ſi in emptione,34.l.qui fundũ, 75.l.fundi partem,79.inf.hoc tit.l.quod ſi nolit,31.in fin.inf.de ædil.edict facit l.eandem quæſt.§.1.inf.de duob.reis.* Sic ab initio facta omnia æque ius faciunt; poſtea vero facta non æque, quæ poſtea facta detrahunt, ea ius faciunt; quæ vero adiiciunt,ea non faciunt,*quæ detrahunt aliquid emptioni*,quæ ſcilicet aliquid actioni ex empto detrahunt, quæue faciunt, quominus de eo quod detractum eſt,ex empto agi poſſit. Contractus enim ponit obligationem,obligatio actionem, actione cogitur reus dare vel facere id, quod in contractu vel obligatione eſt,vnde par eſt,ſi quod pactum conuẽtum aliquid ex ea obligatione vel actione eximat,id pactum dici emptioni detrahere, quod detrahere hoc loco adeo verum eſt, vt nec exceptione opus ſit. Nam quænam actio ex eo emptionis ſupereſſe poteſt quod non ſupereſt,nõ ſupereſt autem id quod directe detrahitur. Quid tam æque iuris,tam æque rectum,tam vnum vni conſequens aut par eſt, quam huic adminiculo,vt cautio duplæ præſtetur, hoc pactum,ne præſtetur? Quorſum alias dicitur venditorem ipſo iure tutum reddi,ipſo iure liberari Non male tamen dicemus exceptionem ex eo pacto competere, aut actioni ex empto ineſſe, nam ſi id pactũ eatenus actionem ipſo iure tollere poteſt,multo magis per exceptionem elidere poteſt, cum in eo quod plus ſit,ſemper inſit minus. Neque vero id inutile erit,eo quod accidere poſſit,vt ex ea parte emptionis,quæ non ſupereſt, agatur, tametſi inique. Siquidem ex eo quoque pacto, quod totam emptionem ſuſtulerit,

tulerit, adeo vt ex empto agi nõ poſſe dicatur, nihilominus dicatur exceptionem empti iudicio ineſſe,*in l.3.inf.de reſcind.vend. Iulian.ſcripſit*, inquit Paul. *ex empto agi non poſſe,quia bonæ fidei iudicio exceptiones pacti inſunt.* Ecce ait ex empto agi non poſſe,& tamen ei actioni exceptionem ineſſe. Quin non per diſſentaneum id ait,ſed per conſentaneum nõ ait, quamuis ex empto agi non poſſit,tamen exceptioni locum eſſe;ſed contra,agi non poſſe,quia actioni inſit exceptio,quaſi nihil interſit quis actionem non habeat, an eam habeat, quæ per exceptionem infirmari poſſit. Exceptio ſcilicet non tam ſuo iure quam iure actionis,cui adiicitur, cẽſenda eſt. Omnis exceptio eſt acceſſio actionis, at omnis acceſſio ſequitur non propriam aut ſuam,ſed ſui principalis naturam;non contra. Sic dicitur non ſicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptionem eodem tempore dandam eſſe, ſed perpetuo competere, quia actor in ſua poteſtate habeat, quãdo ſuo iure vtatur,is autem cum quo agitur, poteſtatẽ non habeat,quando conueniatur,*l.5.in fin.inf.de dol.mal.except.*

Quæ *vero adiiciunt.* Ex his quæ ſupra de detractione, habemus etiam quid ſit adiicere. Emptioni detrahere eſt aliquid de obligatione vel actione auferre quominus agi poſſit· ergo adiicere eſt obligationem augere& de quo adiiciendo actum ſit, de eo etiam agi actionemue informari poſſe; id ad agendum proficere, *l.5. in fin.infr. de naut. fœn.* Cum emptioni detrahitur, emptori ſeu ex empto agenti aufertur id quod ante habebat vel haberet abſque hoc pacto eſſet: cum adiicitur, eidem datur de quo amplius agere poſſet, quam de quo antea poterat quamue poſſet, abſque eo pacto eſſet. Ipſius contractus quidem proprium eſt,vt obligationẽ vel actionem pariat: vnde promiſcue vſurpatur nomen cõtractus & obligationis,*l.omnẽ,20.ſup.de iudic.l.Labeo,19.inf. de verb.ſign.* Sed ei actioni obligationiue,quæ ex capite cõtractus oritur,quædã accedere poſſunt quę eam augeant,*quæ detrahunt aliquid emptioni,contineri contractu videntur.*Papinianus cum ait contineri contractu videri vel nõ videri,ſic tacite fatetur quod verum eſt, ne id quidem quod poſtea factum detrahit, proprie contineri:idque,*contineri*, proprium eſſe eorum pactorum quæ ex continenti fiunt, quæue cum ipſo contractu vinculo temporis cõiuncta ſeu continuo tẽpore facta ſunt;quibus magis proprie magiſq; certe obligationis cauſæ immutari poſſunt, *l.nec ex prætorio,27.infr.de diu. regulis*

regulis iuris .l.ſeruitutes 20.§ *ſtillicidium,in fine.ſupra de ſeruitute vrban.*

Sed hoc ſibi vult,pactum quod detrahit, perinde valere,ac ſi contractu contineretur. Quod interpretes ita accipiunt, vt etiam ad agendum valeat:quaſi omne pactum initio contractus factum, cui hoc poſtea factum,quod detrahit, comparatur; ad agendum valeat.

Si verum eſt eorum antecedens, mea cauſa licet vt vincant etiam conſequens:ſed nego antecedens;nego pacta quæ emptioni detrahunt, ad agendum valere,quamuis in ingreſſu contractus facta. Interpretibus ſuum argumentum adeo impoſuit,vt hoc loco transfugerent à partibus & imponerent hoc Papiniani dictum tollendum eſſe, de his pactis, quæ ſubſtantiæ emptionis detraherent. Atqui ea pacta contractum faciunt, & actionem per ſe pariunt,ſiue detrahant,ſiue adiiciant, inquam? Contractus quod caput negotii eſt,rectene,quod dicit Papinianus diceretur contractui accedere,eoue contineri vel ineſſe videri?Poteſtne æquale æquali contineri vel ineſſe credi?Quid dico æquale ęquali contineri?Imo ſic ne vllus quidem præcedit contractus,quo pactum poſtea factum cõtineri videatur.Prior enim per poſteriorem vtique ſublatus eſt.Contractus poſterior,qui ſolus ſupereſſet,poſſetne eo contineri vel ineſſe videri,qui nullus eſſet vel non ſupereſſet? Sed & ſi ſupereſſet, inquam, quod pactum ineſt,id non per ſe eſt;id non continet,ſed continetur, non trahit,ſed trahitur,*l.in rem* 23.§.*ſed & id quod,l.& ex diuerſo*,35.§.1.*ſup. de rei vindic.l.amiſſi*,51.§.*penult.infr.de fideiuſſor.* Papinianus de quibus pactis loquitur, ea dicit contractu contineri vel ineſſe videri, ea appellat pacta conuenta,quorum nihil eis conuenit de quibus ſentiunt interpretes.Quod principale eſt,eius eſt adminicula continere, vt maioris minus;adminiculorum eo contineri & ineſſe,vt minoris maiori: non contra. Sublata contractus ſubſtantia nihil ſupereſt,quo adminicula aut de iis pacta cõtineantur,nulla actio qua agatur:imo nec adminiculum vllum ſupereſt, *l.4.§.1.infra,de in diem addict.*adminiculis vero ſublatis non etiam tollitur ſubſtantia contractus. Papinianus quoque contra eorum ſententiam manifeſtus eſt,cum de prima parte huius legis nominatim ait,*quod locum habet in his quæ adminicula ſunt emptionis.* Quod nec de his tantum accipiendum eſſe quæ adiiciunt, perſpicue euincit quod primum exemplum, *ne cautio duplæ præſtetur*, de pacto eſt, quod adminiculum emptionis de

dupla

dupla detrahat, vt mox dicemus. Denique ſeries ipſa textus facit à mea ſententia, quia Papinianus ſeparatim poſtea ſecundam huius legis partem oſtendit de pactis, quæ ſubſtantiæ emptionis detrahant vel adiiciant, cum de pretio rei emptæ minuendo ſiue augendo agit, vt ſupra in prima egerat de adminiculis emptionis augendis ſiue minuendis. Ab interpretum ſententia eſt, quod adigam ipſos vt fateantur Papinianum, igitur in eadem omnino quæſtione de pactis, quæ poſtea facta detrahũt Subſtantiæ emptionis, primo non dubitare & ſecurum affirmare; mox ſubſiſtere, & an idem dici poſſit quod iam dixerit, dubitare: quod ſane quam abſurdum & infandum. Valde mirum eſt tam inepte ab iſto ordine quem inſtituit Papinian. diſcedi, vt de contractibus tam falſum aſſeratur. De eo igitur videamus, quod eis ad eam culpam fuit, an pactum, quod ex continenti emptionis factum eius adminicula detraheret, etiam ad actionem proficeret.

Pacta conuenta quæ detrahunt, ne in continenti quidem facta ex parte actoris ineſſe, quod eo ſpectat, ne poſt ea facta in hac lege eo minus dici poßint videri contractum contineri aut tantum valere, quantum in continenti facta, etiamſi non inſint ex parte actoris.

Eluenda eſt hoc loco adeoque toto iure ciuili macula, quæ non aliunde quam ab imperitia interpretum inoleuit, agi poſſe ex eo, quod de actione exceptum vel excipiendum ſit. Fas ſit mihi verum contra vulgus adſtruere. Nam iſta detractio omnino nihil aliud eſt quam obligationis, vel ex empto actionis exceptio, *l. in emptionibus*, 43. *ſupra de pact.* An igitur ab exceptione eſſe poteſt, vt agamus? Emptio ponit obligationem de mercis traditione, de euictione, de dolo malo, & præterea de dupla repromittenda. Pactum, *ne cautio duplæ præſtetur*, & ſi in continenti adiectum, inquam, de iſta obligatione hoc poſtremum, quod adminiculum tantum eſt, de dupla repromittenda detrahit, id eſt excipit, exemit, delibat, eoque ſpectat, ne vẽditor teneatur, de quo alioquin teneretur. Quo pacto agitur, vt minuatur obligatio, fatuus eſt, qui id ad agendũ proficere poſſe ait: aut ſi non fatuus, fatui ſunt iuris auctores, qui dicunt non debere quicquam eo valere, quo ſpecialiter actum eſt ne valeat, *l. legata* 14. *infr. de adim. leg. l. cum tale*, 72. § *vlt. infr. de cond. & demonſt. l.* 3. §. *ſi emancipatus, infr. de bon. poſſ. cont. tab. l. nulla*, 25. *inf. de legib.* Vtique non datur actio,

vbi ſuperuacuum ſit: *facit lex* 1. §. *interdictum, infra, vti poßid.* & eo dicitur nihil iure fruſtra agi. At ſuperuacuum eſt vbi ipſo iure tutus ſit is cuius vnius in gratiã pactum factum eſt. Hoc pactum, *ne cautio duplæ præſtetur*, abſurdum ſit vnquam dicere ad actionem emptori vtile eſſe, quod totũ potius contra eum comparatum eſt. Itaque negatiua actione ſeu de vẽditoris iure potius quam de ſuo ageret: quod non licet, *l.* 5. *ſup. ſi vſusf. pet.* Sed ne venditori quidem bonum eſt ad actionem, inquam; quia is nulla actione quicquam amplius conſequi poſſet, quam vt liberaretur à cautione duplæ præſtanda; id quod iam habet ex pacto ſiue ab initio ſiue poſtea facto. Vtrum pacta quæ emptioni detrahunt, ex continenti emptionis an ex interuallo fiant, nõ intereſſe, nec eo minus valere quod ex interuallo facta ſint, nec tamen ad actionẽ valere argumentũ certiſſimum eſt à ſolutione totius contractus, ſeu ab eo pacto quo in totum ab emptione diſceſſũ ſit; quod pactũ ex interuallo emptionis vtique fieri poteſt, *l.* 6. §. *vlt. ſup. hoc tit. Condicio quæ initio contractus dicta eſt*, inquit Pompon. *poſtea alia pactione immutari poteſt, ſicut etiam abiri tota emptione poteſt ſi nondum impleta ſunt quæ vtrinque præſtari debuerunt.* Ex ſolutione totius emptionis nihil non deriuare poteſt in id pactum quo emptioni detrahatur: quia pars toti ineſt & minus ſupereſſe intelligitur etiamſi nihil ſuperſit, & appellatione rei, pars etiam continetur, & contra. Cum igitur re integra contrario conſenſu ſoluitur tota emptio, an ea ſolutio ad actionem proficit? Et tamen nunquid eo minus eodem iure cenſetur quo contractus aut obligatio ipſa. Ergo ne pactum quo emptioni detrahitur, id eſt pars emptionis ſoluitur, agente emptore valere debet; nec minus tamẽ cõtineri emptione aut eodem iure cenſetur, quo emptio. Hæc certa iuris regula eſt quam nemo in dubium reuocare audeat, ſeu de contractu eodem iure & modo ſoluendo quo initus eſt, ſeu de omnibus quæ de toto dicuntur, de parte etiam dicendis, *l.* 7. §. *adeo. ſup. de pact. l. quæ de tota.* 76. *ſup. de rei vindic. l. minus.* 32. *l. appellatione.* 72. *infra, de verb. ſignif. l. ſi ſeruus.* 82. *inf. de acq. hered.* Quare in eandem ſententiam vti poſſum etiam his legibus quibus dicitur obligationem vel actionem non ſequi ex eo quod magis ad ſoluendum pertineat, quam ad obligandum: quod tamen conſtat de his pactis dici quæ initio facta ſunt aliudve initium non habent quo referantur, *l. ab emptione.* 58. *in fin. ſupra de pact.*

Digitized by Google

de pact.l.ſi tibi 20.*ſup.de reb.cred.l.*5.§.*is quoque qui,infra de oblig.& act.*hoc argumentum,fateor, idem videtur cum eo, quod ſupra de exceptione attulimus,cum ne eam quidem ipſo iure competere diximus ex eodem iſto pacto,*ne cautio duplæ præſtetur*; quo tamen loco eandem exceptionem dari admiſimus:verum id admiſimus ex differẽtia actoris & rei, eo quod iniquum ſit reum exceptionem non habere, quo caſu agatur ex priori contractu,cui detractum fuerit:an vero agatur,non eſſe in poteſtate vẽditoris,ſed emptoris; qui etſi pacto cautionem duplæ remiſerit, poteſt vel iniuria agere: quæ differentia actoris & rei, actionis & exceptionis; nunc cum de actione loquimur,facit ne emptori actionem demus:quia ſi damus,venditori quoque exceptionem denegamus; poſtquam ex iure actionis nos iniuriam exceptionis,ex iniuria actionis ius exceptionis æſtimamus;non contra. Actio per ſe æſtimanda eſt,non exceptio; ſiquidem exceptio, actionis adiectio totum eſt. Ne pactum quidem de minuẽdo pretio ad actionem proficere poteſt per ſe aut cęteris paribus,ſed ex eo tãtum,quod non ſolum minutum pretium intelligatur, ſed etiam obiter cætera pars contractus mutata,repetita & renouata videatur: vnde nunquam non adiectum videatur id quod non minutum eſt, nunquam non actio ſit,quamuis de detrahendo tãtum actum ſit. Finge autem pacto,quo de minuendo pretio actum ſit, non etiam tota priorem emptionem tolli,aut nouam aliam inſtitui:an erit vnquam vt probes ex eo pacto actionem quoque competere? Denique ſi quod pactum conuentum ad actionem proficere poteſt,id tantum poteſt quod adiicit,ſeu quod idem eſt,quo augetur obligatio: neque vſquam in toto iure quicquam tale dicitur de pacto,quod contractui detrahat tantum:nuſquam de eo,quod ad actionem proficiat, datur aliud exemplum, quam de eo, quod adiiciat. Eſt quidem vbi id quod tantum detrahit, vel ad obligationem ſoluendam pertinet,etiam actionem pariat:puta ſi teſtamẽto ſcriptum ſit,*Quod mihi Sempronius debet,peti nolo: non tantum exceptionem habere debitorem,ſed & fideicommiſſum vt liberetur,petere poſſe reſponſum eſt*, ait idem Papin.*in l.quod mihi* 22.*inf.de liberat.leg.idem in l.*3.§ *nunc de effectu,eod.tit.* ſed ibi non ſuperuacuum eſt, inquam, quia obligatio actio non ipſo iure per fideicommiſſum ſublata eſt.*Quod alicui deberi cœpit,certis quoq; modis deberi,deſinit,*ait Paulus, *in l obligationum,* 44. *inf. de oblig. & act.*de quibus

bus modis non eſt teſtamentum aut fideicommiſſum, *l.nemo,55.inf.de legat.1.* Sic Paul. *in l.ſi vnus, 27. §.pactus,ſupra de pact.* ait prius pactum, ne petatur, per poſterius, vt petatur, non tolli ipſo iure; & in eis pactis factum tantum verſari: quia ſcilicet agatur de ſtipulatione, cui impar eſt pactum nudum, cuiuſue tollendi modus non eſt per pactum nudum, ſed per acceptilationem. Hic vero ſuperuacuum eſt, vbi obligatio nudo conſenſu non minus tolli poteſt ipſo iure, quam contracta fuit, *l.prout. 80. infra de ſolution. l.nihil,35. l.omnia,100. l.fere,153. infr.de diu.reg.iur.* Sed & ſi non ſuperuacuum eſſet ipſoue iure debitor liberatus non eſſet, puta ſi ſtipulatio emptionem ſubſecuta eſſet, vel ſi venditor de dupla fideiuſſorem dediſſet; ex pacto tamen quo poſtea duplæ cautio ei remiſſa eſſet, actionem non haberet, *l.intra 41.ſup.de pact.l.3.infra de reſcind. vend. l.ſi tibi 27. C.de locat.* quia non idem, quod fideicõmiſſum vel legatum, & nudum pactum poteſt.

Quæ vero adiiciunt, credimus non ineſſe. Hæc ſeparata à ſuo contractu, ſeu capite ſuo, ab eo vires accipere non poſſunt: à ſe vero non eas habent, vt contractum faciant, actionemue per ſe pariant. Quæ detrahunt, ea non nec eſſe contractum facere, aut actionem per ſe parere, alioquin ipſo iure non valere, quæ imo neceſſe eſt ne faciant neue pariant, ſiquidem eo ſpectant potius vt eum qui factus eſt minuant: quæ vero adiiciunt, ea neceſſe eſt contractum faciant; alioquin nihil ipſo iure valeant. Obligationi vel actioni non aliter detrahi poteſt, quam per exceptionem obligationi vel actioni contrariam: addi vero non aliter, quam per conſimilem obligationem vel actionem. Cæterum addere tanto difficilius eſt, quam obligationi vel actioni detrahere, quanto maior eſt actio exceptione. Nemo neſcit cui datur actio, eidem magis exceptionem dari, nõ contra, *l.nec non 28.§.vlt.ſup.ex quibus cauſ.maior.l.1.§.is autem,inf.de ſuperfic.* Item facilius quemque liberari quam obligari, *l.Arrianus, 47. inf. de oblig. & act.* itaq; non mirum eſt, ſi pactum detrahendi poſtea factum facilius tantum valeat, quantum ſi initio contractus factum eſſet, quam pactum adiiciendi. Ex conſequentia cuiuſque certi contractus, certus quoque modus eius poſtea tollendi informatur, vt paulo ante diximus; qui modus æque à moribus & conſuetudine inolitus, nec minus adiutus, non minus quam contractus, non minus ipſo iure valet: modus vero per pa-

ctum

ctum poſtea factum adiiciendi, non ita ex conſequentia prioris contractus informatur vel adiuuatur. Certi fines, quos quiſque certus contractus habet ex iure gentium vel ciuili, iidem ſimul omnia, quæ ab eo contractu aliena ſunt, excludunt; adeo vt de his pactis, quæ poſtea facta adiiciunt, vna hæc ſuperſit quæſtio, an per ſe valeant, per ſe actionem pariant: quod an poſſint, rurſus conſulendum eſt ius gentium aut ciuile, & quærendum, an eo iure receptum ſit, vt illud pactum ad contractum per ſe valeat. An igitur pactum, vt cum fideiuſſore cautio duplæ præſtetur, contractum per ſe efficere poteſt? quonam iure id vnquam receptum eſt? Adminiculum emptionis de cautione duplæ, eatenus emptioni ineſt qua moris & conſuetudinis, vltra non ineſt, niſi ab initio contractus ita ſpecialiter conuenerit, *l. ſi prius, 17. §. 1. inf. de aqu. plu. arc. d. l. ſeruitutes, 20. §. Stillicidium, in fin. ſup. de ſeruitut. vrb d. l. nec ex prætorio, 27. inf. de diu reg. iur.* fruſtra igitur poſtea adieceris, vt cum fideiuſſore præſtetur, nec pro adminiculo hoc futurum eſt, quod priori contractu non continetur, nec per morem aut conſuetudinem eo peruenit, vt per ſe actionem pariat. Ex his apparet Papinianum cum ait pacta quę poſtea facta emptioni detrahunt, videri contractu contineri; hoc ſibi velle, ea reuera detrahere, & venditorem ipſo iure liberare: cum vero ea quæ adiiciunt, negat credi ineſſe; hoc ſibi velle, ea non adiicere, ad adiiciendum non valere; aut certe quo directo ſpectant, vt adiiciant vel ad adiiciendum valeant, id non directo adiicere, vel ad adiiciendum valere, quemadmodum adiicerent vel valerent, ſi ab initio facti eſſent. Hunc Papiniani locum citat Vlpian. *in l. 7. §. quinimo, verſ. idem reſponſum, ſup. de pact.* ſequitur; *Quod locum habet in his, quæ adminicula ſunt emptionis.*

Adminicula ſunt acceſſiones ſeu accidentia contractus præter eius naturam. Quod nomen ipſum rationem huius loci oſtendit, quam diximus iam, cum opinionem eorum refelleremus, qui in principio huius legis pacta, quæ emptioni detrahere dicũtur, de his intelligunt, quę ſubſtantiæ emptionis detrahunt. Quæ enim contractum per ſe faciunt, inepte alio contractu & quidem eo, qui non ſuperſit quiue nullus ſit, contineri eiue ineſſe vel accedere dici, quod dicit Papin. Atq; pacta quæ ſubſtantiæ emptionis ſiue detrahunt ſiue adiiciunt, alium cõtractum per ſe facere, quo rumpitur, innouatur & extinguitur prior, vt diceremus infr.

Cæterum adminiculá ſunt ex more & conſuetudine vel ex conuentione. De his tantum agitur hoc loco quæ emptioni accedunt; & primum quidem quod eſt de cautione duplæ, ex more & conſuetudine eſt. *Quia adſidua eſt duplæ ſtipulatio, inquit Vlp. in l. quod ſi nolit*, 31. §. *quia, infra, de ædil. edict. Idcirco placuit etiam ex empto agi poſſe ſi duplam venditor mancipij non caueat. Ea enim quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei iudicium debent venire.* Idem fere *in l. 2. l. 6. inf. de euict. facit l. ſed addes. 19. §. illud. inf. locat. l. amiſſi.* 51. §. *penult. inf. de fideiuſſ. l. ſi prius*, 17. §. 1. *inf. de aqu. pluu. arc.* Pactum igitur, *ne cautio duplæ præſtetur*, id adminiculum tollit. Pactum vero vt *cum fideiuſſore cautio duplæ præſtetur*, ei adminiculo fideiuſſorem ex conuentione adiicit præter morem & conſuetudinem, *l. emptori. 37. infra, de euiction.* Cæterum & ſi Papin. ſuperius dictum ſuum de pactis quæ emptioni detrahunt vel adiiciunt, nunc reſtringit ad pacta de adminiculis; non male tamen ea pacta dixit emptioni detrahere vel adiicere. Adminicula quidem ſubſtantiæ contractus paria eſſe non poſſunt quæ per ſe ſtare non poſſunt: ſed nihilominus dicere poſſumus eodem iure cenſeri cum ſubſtantia, ſtatu ſeu natura ipſa contractus; eadem ratione ſcilicet qua dicitur ſuperficiē ſolo, ſcripturā chartæ picturam tabulæ, purpurā veſtimento intextam cedere & vtrumque vnam quandam rem eſſe. Adminicula enim ſiue ex more ſiue ex conuentione, inſunt quaſi vna res cum ipſo cōtractu, *l. ex empto.* 11. *inf. de action empt. l. 6. §. vlt. ſup. hoc tit. l. eandem. 9. §. 1. inf. de duob. reis.* Hæc tantum differentia eſt quod ex more & conſuetudine inſint & ſi non conuenerit, cætera vero ita demum ſi conuenerit. Itaque & ſi magis proprie dicatur emptio de his quibus eius ſubſtantia conſiſtit, non improprie tamen dicitur etiam de eius adminiculis. Poteſt enim aliquid magis proprie dici, & tamen aliud quid, idem cum illo dici non improprie, *l. 1. inf. de ſuis & legit. hæred.* Quare tum de ſubſtantia emptionis tum de eius adminiculis eadem eſt ex empto vel vendito actio. Sic Papin. in principio huius legis emptionem dicit pro eius adminiculis: ſic Venuleius in *l. cum ex cauſſa*, 139. *inf. de verb. oblig.* Ex his quæ tum ſupra, tum modo diximus de detractione & adiectione, perſpicere eſt quantus error ſit dicere hoc pactum, ne cautio duplæ præſtetur neue euictionis nomine repromittatur, emptioni adiicere. Videturne ſapere qui pactum ne emptioni id inſit vel accedat

quod

quod alias & neutraliter ineſt vel accedit, emptioni adiicere ait? Imo hoc pactum detrahit: quandoquidem eo agitur ne id inſit, quod ſine eo pacto ineſſet. Idem pactum, credo, vim habere poteſt detrahendi & adiiciendi. Adminicula quidem, poſtquam nihil quam acceſsiones ſunt, eſto vt certe adiiciant: ſed ſi vtique adiiciunt, vtique & pacta quæ eis detrahunt, etiam emptioni detrahunt. Quæ adminicula detrahunt, rogo, vt adminicula facere aut emptioni adiicere poſſunt? Idem ne eſt adminicula facere & tollere? Eadem quidem cauſa eſt liberandi & obligandi; *l. inter.* 83. §. *ſacram, infra, de verb oblig.* quare dicitur pacta quamuis poſtea facta, ſi detrahant, contractui ineſſe videri: ſed tamen non idem liberatio & obligatio. Ad vtrum igitur pactum ne cautio duplæ præſtetur, tendit, ad obligationem an ad liberationẽ? Si pactum, vt cum fideiuſſore præſtetur, ad obligationem tendit? quamuis non eo vſque perueniat, tamen illud, ne omnino caueatur, ad liberationẽ ſpectare neceſſe eſt, Quin etſi non liberaret aut detraheret, potius tamen detrahere, quo ſpectat, quam adiicere, quo non ſpectat, dicendum eſſet. Papinianus enim ſic adiicere ait pactum quod modo de adiiciendo ſit, quamuis non adiiciat. Denique rectum eſt illud, pacta negatiua detrahere, affirmatiua adiicere; modo negatiua vel affirmatiua intelligas potius ex vi & ſententia quam ex verbis: *vt puta poſt diuortium convenit ne tempore ſtatuto dilationis dos reddatur, ſed ſtatim*, ait Vlp. *in d. l. 7. §. quinimo, ſupra, de pact.* Hoc pactum potius affirmatiuum eſt quam negatiuum, & adiicit potius quam detrahit; quia plus petit qui citius petit: ideoque *hoc non valebit*, inquit, *ne ex pacto actio naſcatur*. Qui pacta de adminiculis non ſolum affirmatiua ſed etiam negatiua contractui adiicere ait, ſi ſibi conſtare velit, neceſſe eſt dicat etiam in controuerſiis rerum corporalium, negatiua actione ex pacto in continenti facto agi poſſe contra Iuſtinianum *in §. aque, de action.* Actio enim ex pacto negatiuo quid aliud quam negatiua eſſe poteſt? nihil quam negari aut negatiue colligi poteſt ex enunciato aut cauſſa negatiua. Et vero vẽditor qui initio emptionis conueniſſet ne cautionem duplæ præſtaret, quonam modo aliter ex eo pacto agere poſſet, quam ſe eam cautionem non debere? Atqui *id genus actionis in controuerſiis rerum corporalium proditum non eſt*, inquit Iuſtin. dicto loco, Eadem ſententia auctori ſuo etiam inuito

præſtaretur, agi poſſet; id pactum quo caſu impedimento eſt quominus agatur, nunquid eo caſu proprie valere dicendū eſt? Agente venditore exciperetne emptor de eo quod nihil in ſuum, ſed totum in venditoris fauorem vertit? Præterea nec de eo pacto verum eſſet, quod ait Papinia. iure exceptionis vires habiturum, nam agente emptore, qui ſolus agere poteſt, vt cautio duplæ præſtetur; id pactum ne præſtetur, non iure exceptionis, ſed ipſo iure valet, perinde ac ſi contractu contineatur. Deniq; quorſum Papin. vltra de eo caſu vel pacto diceret, de quo nulla diſtinctio, nullum tale temperamentum quale de iſto, *vt cum fideiuſſore cautio duplæ præſtetur*? Ita res eſt igitur Papinianus quod pacta quæ adminiculis emptionis adiiciunt, ſupra negauit videri ineſſe; hoc tantum nunc vult retractare, temperare & aliquatenus fateri, nempe diſtinguere inter actionem, quam huic adiectioni negare inſiſtit, & exceptionem quam ei concedit, quamuis præter naturam & rigorem pacti quod adiicit, id eſt, quod ad obligationem potius quam ad liberationem voluerunt emptor & venditor pertinere: ex parte quidem emptoris, vt de dupla detur fideiuſſor, agentis, non videri contractu contineri, non ineſſe, non valere, id eſt emptorem, vt detur fideiuſſor, ex eo pacto agere non poſſe; ne ex nudo pacto naſcatur actio, quamuis directo egerint emptor & venditor, vt ſatiſdetur: ex parte autem eiuſdem rei, ſi forte agat venditor de pretio vel ex aliquo pacto, quod venditioni inſit, videri contractu contineri, ineſſe, valere, id eſt ita demum emptorem, qui hoc pactum allegauerit, venditori condemnatum iri ſi fideiuſſorem de dupla præſtiterit vt Accurſius iam explicauit adeo bene vt non poſſit melius. Non enim vult Papin eundem caſum dicere, tametſi dicat, *quo caſu*; ſed tantū de eodē pacto, ꝙ diuerſis caſibus vult valere agente emptore, valere & non valere, nēpe nō valere agente vēditore; non valere iure actionis ſed iure exceptionis. Et ita repetit nō de eodē caſu cū ait, *Idem vires habebit iure exceptionis*, ſed de eodē pacto. Dictu ineptū eſt idē pactum eodē caſu valere & nō valere, ineptum eodem caſu emptorem & vēditorem agere. Quod ſi venditorem agere, excipere interpretaris, eo quod Papin. ait iure exceptionis; quæro de quo vel ex quo pacto emptorem agentem prouocantem, venditorem vero excipientem ponis? nempe de euictione vel de euictionis cautione præſtanda, inquis. Imo non de euictione, inquam,

de qua ne pactum quidem aut exemplum proponitur, ſed tantum de cautione duplæ. An igitur ex pacto, ne duplæ cautio præſtetur, an ex eo, vt fideiuſſor de dupla præſtetur? non poteſt ex eo, ne cautio duplæ præſtetur, inquam ex quo agente emptore omnino negatiua actio eſſet, vt ſupra diximus. Ineptum eſt vllam exceptionem affirmare negatiuæ actioni infirmandæ, magis conuenit ex eo, *vt fideiuſſor præſtetur*, etiamſi ne ex eo quidem poſsit: quia eo tendit pactum, vt venditor teneatur fideiuſſorem præſtare. Quod ſi ad obligationem ſpectat aduerſus venditorem, poteſt ne venditori ad exceptionem proficere? Debet vel poteſt ei potius cuius in gratiam factum eſt: idque omnino vult Papin. hoc loco, quod emptori aduerſus venditorẽ ad agendum proficere non poteſt quorſum factum eſt; eidem ad exceptionem proficere poſſe. Ecce igitur tu alterutrum horum dicis, vel emptorem ex eo pacto, *ne cautio dupla præſtetur*, agentem à venditore repelli ex eodem pacto poſſe, vel ex eo, *vt cum fideiuſſore cautio dupla præſtetur*, quod aduerſus venditorem factum eſt, non emptori actionem ſed venditori exceptionem dandam eſſe. Pone exemplum quocunque de pacto velis, idem neceſſe eſt quod de iſtis. Omnino enim quærendum eſt primum cuius in gratiam factum eſt: deinde quo vſque ei valeat, cum in gratiam factum eſt, etiam ad actionem an ad exceptionem tantum: nunquam vero certe quouſque ei valeat, contra quem factum eſt, cui nimium quam certum nullo proficere. Quantum ad Papiniani ſententiam attinet, hoc totum nihil aliud eſt quam quod vulgo dicitur, in bonæ fidei iudiciis pacta poſtea facta non ex parte quidem agentis, ſed ex parte eiuſdem defendentis ineſſe; non actionẽ ſed exceptionem tantũ parere, *l. 7. §. ſed cum nulla, & §. quinimo, in fin ſup. de pact.* nulla enim poſtea facta inſunt ex parte agentis, quamuis ſint quæ contractu contineri, eive ineſſe videri dicantur. Rurſus iſta non intelligunt nec ſapiunt vel certe ſcientes fallunt qui dicunt pacta, quæ poſtea facta adminiculis vel adminicula adiiciunt, non ineſſe ne ex parte quidem rei; quia non ipſo iure tutus ſit reus. Imo etſi iure exceptionis tantum tutus ſit, non eo minus inſunt ex eius parte, inquam, quia *nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem confirmetur*, ait Paul. *in l. 112. inf. de diu. reg. iur. idem in l. debitor, 59. inf. ad Sc. Trebell.* nomine bonæ fidei quod exprimitur in omni formula bonæ

bonæ fidei,venit etiam exceptio pacti; quippe quæ ſit de ſubſtantia bonæ fidei, de ſubſtantia æqui & boni, *l.prima, ſupra de pactis.* Quid præter bonam fidem aſſerere vult, qui apud iudicem datum, pactum allegat? Quid quod ſtrictum iudicium oppoſita pacti vel doli exceptio facit bonæ fidei? *l.Seia, 42.infra de mort.cauſ.donation.l.tertia, C.de exceptionib.* Quod ſtrictum mutare, & in bonæ fidei iudicium vertere poteſt, id nunquid bonæ fidei eſt? quod pacti exceptio alij tribuere poteſt, id ſibi non poterit? Itaque emptor, & ſi exceptionem non oppoſuerit in iure, tamen ita demum venditori condemnabitur, ſi venditor ei ſatiſdederit de dupla. Id nunquid eſt ineſſe ex parte rei? facit *l. illud, 29. infra de adilitit. edict.* hæc tota differentia eſt inter iſtam exceptionem, quam habet emptor & ſuperiorem quam venditor; vt illa inſit ex eodem contractu, *vt in d. l.7.§.adeo, ſupra de pactis,* hæc vero non ex eodem contractu. Ex eodem contractu ineſſe in his pactis, quæ adminiculis detrahunt, ſeu in exceptionibus, id eſt, eodem iure, eadem cauſa, ex qua agitur cenſeri: in his vero quæ adiiciunt, id eſt ad actionem proficere.

Ex qua differentia fateor cum agente emptore vt caueatur de dupla, venditor excipit ex pacto quod factum eſt ne caueatur; hanc exceptionem directam eſſe aduerſus id quod agitur, ideo eodem iure cenſeri atque actionem: agente vero venditore vt pretium ſoluatur aut quid aliud quod in continenti conuenerit, præſtetur; cum excipit emptor non ex pacto quod factum ſit ne id præſtetur, ſed ex eo vt venditor ſatiſdaret de dupla, quod nondum feciſſet; exceptionem non ſic directam eſſe aduerſus id quod agitur, ideoque non adeo proprie ineſſe: dico tamen quodam genere ineſſe & emptionis partem facere, quatenus emptor per eam non minus actionem excludit vel condemnationem euitat: maxime in bonæ fidei iudiciis, vbi non congruit de apicibus iuris diſputare. *l.ſi fideiuſſor, vigeſimo nono, §.quædam, ſupra mandat.* Qua ratione nititur *dicta l nihil intereſt, 112 infra, de diu.regulis iuris,* qua etiam Paulus, *in l.nec ex prætorio 27.infra de diu.regulis iuris,* ait obligationum cauſſas pactione immutari poſſe non tantum ipſo iure, ſed etiam per pacti conuenti exceptionem.

Qua exceptione dicitur obligationis cauſſā immutari poſſe, nũquid

eam iudicio bonæ fidei ineſſe dici poteſt? & quando in memoria habeo, compenſatio nunquid præciſe bonæ fidei iudicio ineſt? de quo apud Iuſtinian. § in bonæ fidei de action. An igitur compenſari non poteſt niſi quod ex eodem contractu eademve ex cauſſa debeatur ex qua agitur? *l. 4. ſup. de compenſat. Paul. lib. ſent. 2. tit. 5. in fin.* fateor & ipſo iure compenſari ex diſpari cauſſa ſi par ſpecies vtrinque debeatur: ſed pone diſparem ſpeciem? reliquum eſt vt per exceptionem ſeu retentionem tantum eius quod debetur, impetretur vt pacto ſatisfiat. *l. 4. l. 6. Cod. de compenſat. l. qui inuicem. 30. ſup. de condict. ind.* quæ exceptio vel retentio non minus inerit, non minus continebitur; quia non minus bona fide nititur. Alioquin poſt reſcriptum diui Marci quænam differentia fuit inter bonæ fidei iudicia, vbi opponenda? Denique male qui hoc loco ait ea pacta quæ emptioni detrahunt, vtraque ex parte ineſſe; quæ vero adiiciunt, neutra ex parte ineſſe; quaſi ea quæ detrahunt actioni, actionem potius pariant vel actioni adiiciant; exceptiones vero ex his quæ adiiciunt, magis in iure opponendæ ſint quam ex his quæ detrahunt: imo abſciſſe, inquam, exceptio aliqua ex parte bonæ fidei iudicio ineſt, nulla apud prætorem aut in iure opponenda eſt; ſatis eſt apud iudicem datum, *dict. l. 3. inf. de reſcind. vendit. l. ſed et ſi, 21. inf. ſolut. matrim.* quaſi omne pactum ſit de eadem ſubſtantia atq; contractus bonæ fidei. *l. nihil cõſenſui, 116. inf. de diu. reg. iur. l 1. ſup de pact.* ſequitur: *An idem dici poßit aucto poſtea vel deminuto pretio, non immerito quæſitum eſt, &c.*

Non poteſt quidem pactũ quo detrahatur adminiculis, totã emptionẽ ſimul tollere; ne acceſsio præualeat ſuo principali, neu per adminicula quæ ex ſubſtantia emptionis valerent, ipſa emptio confirmari videatur; ſed pactum quo detrahatur ſiue adiiciatur ſubſtantię emptionis, poteſt ſimul totam emptionem tollere, renouare, mutare & per ſe contractum facere. *l. 2 inf. de reſcind vendit. l. 7. §. adeo, ſup. de pact.* Hoc fit eadem ratione qua teſtamentum militis parte aliqua mutata totum cenſetur & valet poſteriori voluntate; *l. tribunus, 20 §. 1. inf. de teſtam. milit. l. 8. §. ſi miles, inf. de iur. codic.* Eadem ratione qua dicitur cum promiſſor aliquid ſtipulationi illico adiicit vel detrahit, vitiatam eſſe ſtipulationem: quod ſi id illico ſtipulatori placuerit, aliam ſtipulationem contractam videri. Hæc tantum differentia eſt quod non interſit hoc loco ex continenti an ex

inter-

interuallo detractum vel adiectum ſit; quia contractus ſit bonæ fidei, cui nudo conſenſu quandoque æque detrahi vel adiici poſſit: illic vero intereſt; quia ſtipulatio ſtricti iudicii eſt, cui non niſi ex continenti vel per acceptilationem.

Denique eadem ratione, qua cum amplius ſolutum eſt quam deberetur, cuius pars non inuenitur, quæ repeti poſſit; totum indebitum ſolutum intelligitur, manente priſtina obligatione, *l. cum amplius*, 84. *infra de diu. regulis iuris, l. ſed et ſi* 25. *§. primo, in fine. ſupra de vſufruct. l. vt ſcriptus*, 12. *infra de bonorum poſſeſſion. ſecundum tabul. l. debitor*, 82. *infra de legatis* 2. Hic enim cauſa emptionis aut pecuniæ detractæ vel adiectæ à reliqua diſcerni non poteſt: incertum eſt vtram adiectam vel detractam dicere debeas, ita totius pecuniæ eadem cauſa eſt; quæ non eſt inter ſubſtantiam emptionis quæ remanet, & adminicula quæ pacto poſtea facto ſublata ſunt.

Sic facilius tollitur bona fides de vſucapione, quam poſſeſſio; facilius codicillis legari, id eſt, legatum teſtamento adimi ab eoue ſeparari conceſſum eſt, quam hæredem inſtitui, aut inſtitutionem teſtamento adimi, ab eoue ſeparari. Id enim eſſet vſucapionem vſucapioni, teſtamentum teſtamento adimere. Itaque vt teſtamento ſublato, vel poſſeſſione ſublata, tolluntur etiam codicilli vel bona fides, non contra; ſic ſubſtantia emptionis ſublata tolluntur etiam adminicula, non contra, id eſt, nouata ſubſtantia emptionis, non ſuperius repetuntur initia adminiculorum, quam ex noua emptione; at ſublatis adminiculis ſubſtantia ſuum nihilominus initium retinet, *l. penultima, & vltima, ſupra de eo quod cert. loc. l. quarta, infra de in di. adiect. l. quarta, C. depoſit.* Hic in pari cauſa duarum emptionum, hoc tamen plus iuris habet poſterior quod quæ poſtea geruntur, ea prioribus derogant, vt in teſtamentis, *l. 6. §. licet, infra de iure codicill.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Nihil intereſſe inter conuentiones, pactiones, & pacta.

VT conuentiones, pactiones & pacta dictum promiſcue vſurpem, imprimis facit Vlpian. *in l.1. de pact.* cum confundit conuentionem cum pactione, confundit vero cum definita pactione, mox ſubiicit conuentionis verbum generale eſſe, &c. poſtquam pactionem definiuit ſcilicet proſequitur quam late pateat; quæ omnia præter propoſitum & titulum *de pactis*, & valde aliena, maxime in principio tituli, niſi pactionib. & conuentionibus nomen quoque pacti conueniat.

Amplius quod ea omnia confundit Pompon. *in l. nec ex prætorio, 27. de regul. iuris.* Præterea nulli magis conuenire poteſt definitio pactionis aut conuentionis quam cuilibet pacto, quamue etiam cuilibet contractui: Nihil magis duorum in idem placitum conſenſus eſſe poteſt quam eſt contractus. Id enim inprimis in omnibus contractibus ſequimur, quod conuenit ſeu quod actum eſt, *l. 5. §. conuentionales, de verb. obl. l. ſemper 34. l. nihil, 116. de reg. iur.* Vnde conſequens ſit etiam contractum quemadmodum conuentio eſt, ita etiam pactionem & pactum eſſe. Cui enim conuenit definitio, eidem & definitum ſeu nomen definiti conuenire neceſſe eſt. Quin contractus incertus appellatur placitum, *in l. diuiſionis, 45. de pact.* appellatur pactum, *in l. traditionibus, 48. eod.*

Sic etiam appellatur ſocietas, *in l. ſi paſcenda, 8. C. de pactis.* Deinde idem Vlpianus *in l. ſolent, 15. ff. de praſcript. verb.* conuentionis nomen confundit cum pactione & pacto. *Et quidem conuentio iſta non nuda, vt quis putet ex pacto actionem non oriri,* inquit. Hic locus ſatis præſtat nudum pactum, idem eſſe cum nuda conuentione: Vnde reliquum ſit pactum per ſe, idem eſſe cum conuentione per ſe; adeo vt ſi dicimus quaſdam conuentiones actionē parere, nempe eas quæ nō nudę ſunt, nihil vetet, quo minus & dicamus quædam pacta actionem parere, nempe ea quæ non nuda ſunt. Alioquin in pacto quod non parit actionē, quid facit illud *nudum*, quod paſſim adiicitur? Quorſum illud, ſi nullum aliud pactum eſt quam nudum? Idque ſatis perſpicue innuunt Impp *in l. legem, 10. C. de pact. & l. 1. C. de pact. conuent.*

Nec obeſſe tibi poterit, inquiunt, *quod dici ſolet ex pacto actionem non naſci.*

Tunc

Tunc enim hoc iure vtimur, cum pactum nudum eſt. Sic enim aperte relinquũt, quando non nudum eſt, nihilominus pactum eſſe, ex quo actio naſcatur: cuius dic ſodes vbinam gentium exemplum ſit reperire, niſi in contractu? Idque ſibi volunt Impp. cum ſic perſequuntur; *Alioquin cum pecunia datur, & aliquid de ea reddenda conuenit, utilis eſt condictio.* Et Hermogen. *in d. l. diuiſionis. Diuiſionis placitum niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum, ad actionem, vt nudum pactum nulli prodeſſe poterit,* inquit. Quod ſi traditione vel ſtipulatione effectum ſumſerit, inquam, an propterea minus erit diuiſionis placitum ſeu pactum? Si minus erit, rogo quod illud eſt, quod dicitur effectum ſumpſiſſe? Quid traditio vel ſtipulatio ſecuta diuiſionis placito ſeu pacto, quod præceſſit, contrarium affert, quo id tollat quod antea & ſine ea pactum erat? cui potius vt cauſæ nihil quam effectum addit, facit *l. is cui.* 11. *ff. quemadmodum ſeruitus amittatur, l. quarta, §. ſed et ſi, ff. de re iudic.* Si effectus ſine cauſa eſt, per me licet, vt contractus non ſit pactum. Quod ſi actio omnino effectus eſt pacti, effectus vero non eſt ſine cauſa, imprudens tantum, an etiam impudens eſt, qui negat contractum ſine pacto eſſe? hoc pactum quidem non nudum erit, ſed tamen non errauerit, qui pactum vocauerit, quod nihilominus placitum & conſenſus eſt. Nunquid eo minus cognatio eſt, quod ſit proprie agnatio. Imo ipſa quoque per ſe pleniſſime hoc nomine vocatur? *l.* 4. §. *cognationis, l. Iuriſconſultus,* 10. § 1. *ff. de gradibus.* Nunquid homo eo minus eſt animal, quod ſit homo? Vix animal rationale eſt, qui id non percipit. Anima certe videtur ei pro ſale tantum conceſſa. Fateor quidem minus proprie pactum dici, quod contractus nomen magis ſpeciale habet, quo magis proprie vocetur: ſed nec nos id pactum dicimus proprie appellari: dicimus tantum non falſo appellari: quin tãtum id contractui, vt ſpeciei vi ipſa ineſſe dicimus; vt ſi contractus ſuapte natura actionem pariat, multo magis & exceptionem parere dicendum ſit. Eſt quidem quatenus nomine pacti per ſe nudum pactum intelligamus, quia aliàs non nudum maiori nomine dignemur, nempe contractus. Et ita Vlp. *in d. l.* 7. §. *quin imo, de pact.* Ne ex *pacto naſcatur actio,* inquit, *& in d. l. ſolent, de praeſcr. verb.* Vt quis *dicat ex pacto actionem non oriri,* inquit. Sed ita tamen, ne pacto in genere, à quo etiam contractus vtique pactum eſt, vitium offeramus. Eo enim ſpectant Imperatores *in dicta l. legem.* cum dicunt, *hoc iure nos vti-*

cum

Digitized by Google

cum pactum nudum eſt, & Hermogen. *in dict. l. diuiſionis*. Cum placiti nomen relinquit, etiamſi id traditione vel ſtipulatione effectum ſumpſerit. Et Vlpian. *in d. l. ſolent*. Cum in ea ſpecie quam concludit negotium in ſe habere & contractum facere, ex quo ciuilis actio oriri poſſit, confundit, vt dixi, conuentionis nomen cum pactione & pacto. Amplius cum *l. in traditionibus*, 20. *C. de tranſact.* ait non nudis pactis dominia transferri, nuda pacta intelligit nudas conuentiones, id eſt, etiam emptionem venditionem, pacta enim intelligit tantum nuda & vacua à traditione, ſiquidem opponit tantum traditionibus. Tale vero eſt emptio venditio ante traditionem, ideoque traditioni opponi poteſt. Quod ſi nuda pacta intelligis vt oppoſita contractibus, iam cum negat nudis pactis dominia transferri, ex contrario innuit emptione venditione poſtquam id pactum non nudum fuerit, dominium transferri. Quod falſum eſt. Ergo & falſum illud, quod intelligis nuda pacta opponi contractibus. Quod ipſum eſt quod dico, nuda pacta intelligenda tantum vacua à traditione, vt nudæ conuentiones; qualem etiam emptionem venditionem eſſe in confeſſo eſt, *l. 27. §. pactus, ff. de pact.* Denique pactum genus tantum in ſuas ſpecies, quæ ſunt pactum nudum & non nudum, diuidimus, vt ſi contractum remouerimus, quod pacti velamentum eſt, ſic tacitum pactum nudauerimus, quod inerat, & contractus nomine latebat, pactum, inquam, inutile quidem in contractibus ad id, quod principaliter agitur, quia qui contractuum finis eſt, vt ſit obligatio actioue, ex pacto nudo eà non naſcitur; Cæterum non inutile, ſi forte aliunde agatur aduerſus eum, cuius in gratiam pactum factum eſt, vt *in l. pacta conuenta*, 72. *ff. de contrah. emptione, l. intra*, 41. *ff. de pact. facit l. nec non*, 28. *§. vltimo, ff ex quibus cauſis maior.* Et in acceptilatione, vbi æque non pactum per ſe eſt, ſed ineſt tantum, non inutile, quia ex pacto naſcitur liberatio per exceptionem, *l. 8. l. ſi accepto*, 19. *ff. de acceptilat. l. 5. ff. de reſcind. vend.* In qua l. quinta rurſus quemadmodum & *in l. 7. Cod de pignor. l 1. ff. de pignor. act.* videre eſt conuentionem appellari id quod pactum, *in dicta l. octaua, & l. ſi tibi* 16. *§. de pignor. ff. de pactis, l. quarta, ff. de pignor.* Si igitur conuentionis verbum non tantum pertinet ad omnia, de quibus tranſigitur, id eſt, ad omnem liberationem, quæ fit per conſenſum, ſed etiam ad omnia, de quibus cõtrahitur obligatio, cur minus pactum? Qui nos ea de re reprehendit,

dum

dum non patitur vllum pactum actionem dici parere, is neſcit pacti nomen generis eſſe, ad omnes contractus, vel nomen generis ſtrictiſſime diuidi in ſuas ſpecies, vel ſingulis ſpeciebus etiam genus reipſa ineſſe, ideoque etiamſi propria & ſpecialia nomina habeant, non eo minus generis nomen ſingulis conuenire. Denique is neſcit quemadmodum in adoptione, obligatione & pleriſque aliis iuris ciuilis locis, pacti nomen generale in duas ſpecies diuidi, quarum altera ab eo, quod actionem pariat, aliud quoque nomen inueniat, & ſpecialiter contractus dicatur, altera quæ non parit, nec ſpeciale nomen habeat, ideoque in nomine generis remaneat: tantum ad maiorem perſpicuitatem & differentiam alterius, quæ aliquid amplius eſt, dicatur nudum, id eſt, nihil amplius habens, quam habet generaliter & ſimpliciter ſumptum. Quomodo oſtenditur altera ſpecies pacti non nudi, quod proprie contractus dicitur. Quod à me ſumptum ex nomine conuentionis, *in l. 7. ff de pact.* Cum ſic ad *d. l. pacta conuenta, 72. ff. de contrahen. empt.* expreſſiſſem, pactorum quædam non tantum eſſe pacta, ſed etiam & quidem proprie contractus, quædam tãtum eſſe pacta, non etiam contractus, contractus eſſe ea, quæ per ſe actionem pariunt, pacta vero tantum ea quæ non pariunt, melius feciſſet ille Zoilus ſi didiciſſet, quam apud iuris ſtudioſos ridere & explodere: quaſi dictu magis ridiculum & abſurdum ſit pactorum quædam actionem parere, quam conuentionum quaſdam. Imo & cum eo me conuentiones & pacta confundere auctorem, quem mihi eum ipſum eſſe ad id quod reprehendit, probo ex eo, quod in præfatione tituli de pact. confundit: Confundit vero certe cum ait *in d. l. 7.* non tantum contractus, ſed & pacta Iuri gentium adſcribi. Non aliter enim adſcribuntur, quam nomine conuentionum, idque in principio eius legis, cum Vlpianus ait Iurisgentium conuentiones quaſdam actiones parere quaſdam exceptiones. Per eum igitur quamuis inuitum, quod de conuentionibus ait Vlpianus, idem & de pactis communiter dico: pactorum quædam actiones parere, quædam exceptiones. Sed amplius eſt quod ille in eadem præfatione circa finem aſſerit, nullum omnino pactum eſſe, quod nudũ non ſit: legitimum pactum, pactum nudum eſſe, legem contractus pactum nudũ eſſe. Hoc dicit etiamſi pactũ actionẽ pariat nudum eſſe, nec legẽ quę pactum confirmet, eiq; pariendæ actionis vim tribuat, velamẽtum dare poſſe.

D Mon-

Digitized by Google

Monſtrum hominis: quaſi lex qua pactum ad actionem confirmatur, vel confinium contractus, non tantum poſſit, quantum contractus; Imo pactum vndecunque vim obligationis accipit, id ei velamentum eſt, quo deſinit nudum eſſe, & migrat in meliorem naturam, adeoque in eum locum venit, vbi contractui poſſit comparari. Itaque nuda pactio obligationem non parit, ait Vlpianus *in d.l.7.* ſed parit exceptionem. Vlpianus ait nudam pactionem non obligationem, ſed exceptionem parere: (tu vero qui pactum cum pactione idem eſſe non diffiteris) contra, & ſi pactum pariat obligationem, nihilominus nudum eſſe. Tibi conuenienter paulo ante ais iure legitimo pactum obligationem, liberationem, actionem vel exceptionem non parere: Sed hoc falſum eſt. *Nam ex pacto actio naſcitur vel tollitur, quotiens lege vel Senatuſc. adiuuatur,* ait Paul. *in l. ſexta, eodem.* Lex vel Senatuſc. nunquid ius legitimum eſt? Quod ſi de pacto in genere te loqui dicas, ſeu quod lege vel Senatuſc. nõ adiuuatur, quo vero alio iure pactum obligationem aut actionem parit, inquam? Quod ſi nullo alio iure parit, quid facit illud tuum *iure legitimo,* vbi nullo iure pactum obligationem vel actionem parit? Cæterum quod ais, ne exceptionem quidem parere, id tum per ſe falſum eſt, quoniam nudum pactum parit exceptionem, tum iuris legitimi allegatio ab exceptione res aliena eſt, quia exceptio non iuris legitimi, ſed prætorii eſt, idque per eas ipſas leges, quas affers contra tuam in eo ſententiam, *l. tertia, §. primo, de pecu. conſt. l. quinta, Cod. de pactis,* ideoque per exceptionem intelligendum eſt, quod Prætor ſimpliciter pollicetur, ſe pacta conuenta ſeruaturum: quaſi is modus ſit eius iudiciorumue proprius. Sed qui infra ais, pactum quoque legitimum nudum eſſe, quid iſto, *iure legitimo,* opus habes? Quid vereris, ne illud tuum intelligamus etiam de eo pacto, quod lege vel Senatuſc. confirmatum ſit, & tecum præcidamus, nullum pactum ne legitimum quidem iure legitimo obligationem aut liberationem aut actionem, aut exceptionem parere? Nihilomelius ſapis cum etiam legem cõtractus, nudum pactum aſſeris. Nihil deterius in iure dicere potuiſſes. Nuſquam enim lex contractus ſine obligatione atque actione eſt, *l. prima. Cod. de pact. conuent.* Siquidem vel actionem parit, vel ſi non parit, ne lex quidem contractus eſt. In contractibus certis etiam ſubſtantia ipſa contractus, quæ nomine ipſo, quod certum eſt, certa

quo-

quoque eſt, lex contractus dici poteſt; quæ vtique non ſine obligatione, actione eſt. Quod ſi præterea aliquid pactioni in continenti acceſſerit; eo ipſo quod ſit, dicaturque lex contractus, eumque vel actionem ex eo formare, & pars eius eſſe, nudum pactum eſſe non poteſt, *dicta l. ſeptima, §. primo, de pact. l. 52. de verborum obligationibus, l. 23. de regulis iuris, l. fiſtulas, 78. de contrahen. emptione, l. quod ſi 31. in fine, de ædil. edict.* vbi Vlpianus, *quod emptioni accedit, partem eſſe venditionis prudentibus viſum eſt*, inquit. Tibi vero prudentiori ſcilicet non videtur, inquam. Sed bona fide, ſi lex contractus pars contractus eſt, cur non & ipſa contractus dici poterit; poſtquam & pars fundi recte fundus appellatur? *l. plane, 34. in fine, de legatis* 1. Non magis fundorum nomina deſtinatione noſtra conſtituuntur, quam contractus conuentionibus & pactionibus noſtris. Siquidem in omnibus contractibus id inprimis ſpectandum eſt, quod actum eſt. Non contractus quidem fuerit pactum, quod lege vel Senatuſc. adiuuatur, nec vero lex contractus de adminiculis eius proprie contractus fuerit, quæ non per ſe actionem parit: pactum conuentum tantum fuerit, *dicta lege pacta conuenta, l. quarta ff. de pignor.* ſed tamen id non nudum fuerit.

Omnino pactum nudum eſt vel non nudum. Nudum, quod obligationem non parit, non nudum quod parit. Parit vero omnino, cum cauſa ſubeſt, ſiue ſubſit à ſeipſo, vt in contractibus certis ſiue à rei traditione, vt in contractibus incertis, ſiue à lege vel Senatuſc. quo adiuuetur, vt in operarum promiſſione à liberto facta patrono cum iureiurando; ſiue ab edicto Prætoris, vt in pecunia conſtituta & pignore, *l. ſi tibi, 16. §. de pignor. ff. de pactis.* Siue ſubſit à contractu certo, cui pactum ab initio appoſitum fuerit. Quæſtionem ſitne pactum nudum, in eo omnino verti, conſtituaturne ex eo obligatio, & tunc demum nudum eſſe cum non conſtituatur, non conſtitui vero tunc demum cum nulla ſubeſt cauſa, Vlpianus aperto apertius concludit, *in dicta l. 7.* cum ſic ait, *ſed cum nulla ſubeſt cauſa propter conuentionem, hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem*, inquit. *Igitur nuda pactio non parit obligationem, ſed exceptionem.* Verum ita res eſt, vt ſapit, veritus eſt, ne ſi aliquod pactum non nudum agnoſceret, iam nihil haberet cur negaret, & contractum pactum eſſe.

Ego verò etſi agnoſcam pactum aliquod non nudum eſſe, nempe ex quo oritur actio quod vtique agnoſcendum eſt cum Paulo *in leg. 6. & d. l ſi tibi §. de pignore ff. de pact.* non ideo tamen agnoſcam contractum eſſe.

Pactum lege vel ſtatuto adiutum, item pactum in continenti certi contractus appoſitum non migrat in aliud nomen. Specialius quo magis proprie vocetur; ideoque retinet nomen pacti: tantummodo ad differentiam pacti nudi, quale hoc non eſt, adiicitur hoc, non nudum vel legitimum, vel lex contractus ſeu pactum in continenti appoſitum. Denique etſi contractus, quod aliud & ſpecialius pacto nomen eſt, minus proprie pactum appellari poteſt: poteſt tamen genere quodam, eadem ratione, qua & vſusfructus qui cum proprietate conſolidatus eſt, *l. ita ſtipulatus, 126. §. 1 de verborum obligationibus, l. Mæuius, 66. §. fundo, de legat. 2.* Hæc tamen differentia ſeruanda eſt, quod alias pactum ſit per ſe & proprie, quando ſcilicet non tranſit in aliud nomen, ſeu non habet, quomodo magis proprie vocetur, vt cæteris modis præter contractum: aliàs non ſit per ſe, ſed inſit tantum, vt in contractu, in quo pactum confuſum, nomen quidem amittit, ſed nihilominus reipſa manet, quemadmodum dolus cum vi, *l. 2. §. doli mali, ff. vi bon. rapt.*

Quod vel eo vno ſatis perſpicuum eſt, quod ex contractu non minus imo magis detur exceptio quam actio. Id enim non ex natura contractus, quæ proprie eſt de obligatione contrahenda, non autem de diſſoluenda; ſed ex natura pacti quod ineſt, cuius hoc proprium eſt. Id amplius oſtendit Vlpianus, *in l proinde 33. ff. de ædil. edict.* Vbi ex Pomponio ait iuſtam cauſam eſſe, vt quod in venditione acceſſurum dictum eſt, tam integrum præſtari debeat, quam quod principaliter venit. Ex qua lege non minus actio eſt, quam ex capite & fundamento contractus, hæc pactum nudum eſſe poteſt? Amplius quod perſequitur ibidem Vlpianus, *Nam iure ciuili vt integra ſint, quæ acceſſura dictum fuerit ex empto actio eſt*, inquit. Ecce legem contractus non minus iure ciuili cenſeri, quam emptionem venditionem, non minus de ea actionem ex empto eſſe, quam de eo quod principaliter venit. Eſtne igitur pactum nudum, quod non minus iure ciuili cenſetur, quam contractus aut emptio venditio? In contractibus incertis euidétius apparet abſurdũ erroris: quia in iis nulla alia forma

forma eſt, nulla principalis ſubſtantia præter legem contractus pactumue quod placitum fuerit. Ibi certe tergiuerſari non poteſt, quin agnoſcat ſe dixiſſe contractum ipſum, pactum nudum eſſe.

In iiſdem euidentius quoque apparet contra verum eſſe quod dico contractui omnino pactum ineſſe. Sic enim diſerte à Gaio, *in l. 48. ff. de pactis, in traditionibus rerum quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtiſſimum eſt*, inquit, Ecce pactum eſſe, quo contractus incertus principaliter formam & ſubſtantiam acceperit, idque ad actionem valere manifeſtiſſimum eſſe. Idem *in l. debitori, 7. Cod. de pactis.*

CLARISSIMO ET ERVDITISSIMO VIRO IOANNI à Toledo, Plenipedis & Nigrilacus Abbati, Reginæque matris Conſiliario, & Eleemoſynario, Ægid. Hortenſius Anetenſis, Salutem.

AB eo quod de præſcriptis verbis & in factum actionibus multa vulgo in iure eſſent, perinde ac ſi non eſſent, poſtquam non intelligerentur, quibus tamen nihil tum in ipſo iure, tum in rebus noſtris gnobilius, vtiliuſue intellectu eſſet, vir Clariſſime facile mihi in mentem venit amplius in ea inquirendi, ſi forte ideo ignota eſſent, quod interpretes minus quam par eſſet, illis actionibus impertiſſent, quod pleriſq; illorum accidit, dum feſtinant magis quam properant. Mea quidem hercle cauſa alibi plus ingenio valeant, & meliori nota ſuas de iure ciuili coniecturas ſignent: at certe hic minus vel ſoliciti vel ingenioſi fuerunt, quorum partim iuxta cum ignariſſimis penes auctorem illud Vlpiani actionum quaſdam ex contractu, quaſdam ex facto, quaſdam in factum eſſe reliquerunt, partim neſcio, quid de ſua fidelia appinxerũt, de quo fucum nobis fecerunt. Quid ego mutauerim ab illis & quam recte, per ingenium ſiue per laborem & perſeuerantiam meam: (cuius fidem faciet ſpes rei potiundæ ter aut quater mihi amiſſa, totienſq; per pudorem recuperata) præterita mea ſententia tu cum omnibus doctis iudicaueris. Summa huius tractatus eſt, quid quantumue hæ actiones inter ſe diſtent, quid plus vel minus poſterior quæq; antecedenti habeat. Quod mihi viſum eſt ſatis ſi ſummatim oſtenderetur: ne dum hanc iuris ciuilis partem toto ſuo lumine tingueremus, reliquas fere omnes, quarum nullam hæc non pertinet, extingueremus. Spero hanc meam operam talem eſſe, quæ ſuo vi-

ſuo vitio neminis reprehenſionem commouere poßit: vtinam æque ſe ab inuidia defendere poſſit. Ab iſta enim quæ iſtorum ſiue temporum ſiue hominum conditio eſt, multo magis ei miſellæ timeo. Sed cuicunq; infortunio vitando quocunque præſidio opus eſt, ea id à te expectat, vir Clariſ. ſeque ob eam rem ipſa, imo & ſuperiorem de pactis conuentis tractatum ſecum tacito iure tibi aſſerit. Nam vt pacta conuenta non per ſe, ſed contractibus tantum inſunt: ita illud præmetium quoddam fuit, quod huic cumulo, ille vicus, qui huic veluti metropoli ineſt, quæ metropolis totam ſic pactorum familiam ſecum auferre, & in tuam clientelam ducere videtur. Ab illa priori res eo omnino loco erat, vt hanc tibi deberē, ſiue quod eius proœmium tantum anticipaſſes, ſiue quod alioquin mihi apud te erubeſcendum erat à tam exiguo munere, continuo vbi amicitiæ noſtræ aut meritis in me tuis id componere cœpiſſes. Cætera quoq; huius viſionis paria ſunt cum prioribus meis ad te literis: nec mihi tam cito iſto ad te reditu meo aliud animus eſt, quam cito liberandæ fidei aut verecundiæ, quã illis prioribus tibi obſtrinxeram. Hoc tibi apud me reliquum erat ex illarum ratione, quod vt diutius traherem, qui ſtatim perſoluere poſſem, ſuſtinere non potui. Non temerarium eſt vero quod dico ex illarum ratione. Sic mihi cautio eſt, ne plane me ſubducam iuri in me tuo. Tua in me beneuolentia id merita eſt, ne vnquam velim me ab eo ſolutum eſſe. Itaq; nunquam futurum eſt, vt non tuo in ære ſim, nunquam vt non id profitear. Hoc tantum nunc rogo, vt meam aduerſus te obſeruantiam, quam viciſſim hoc meo dono & voto ſatis reſignare videor, inſpicias, grato animo accipias, & me vt facis, ames. Vale, Auarici Biturigum 2. Calend. Ianuar. 1601.

ÆG. D.

AEGID. HORTENSII ANETENSIS AD TITVLVM ET ſingulas leges, D. de præſcriptis verbis, & in factum actionibus, Commentarius.

TItulus de præſcriptis verbis & in factum actionibus, nobis explicandus eſt ex ordine omnium actionum: quæ omnino ſunt vel ex contractu vel ex facto vel in factum. *l. actionum. 25. §. 1. inf. de obligationibus & actionibus.* Nam hæ duæ ſpecies, præſcriptis verbis & in factum actionum, ſimul cedunt cum illis tribus: de qua ſententia mihi omnium primo aſſerenti & probanti ſpero gratiam quandoque habitum iri à doctis. Omni ex contractu actioni ineſt etiam conuentio; conuentio vero per ſe magis facti eſt quam iuris, donec res vel ſtipulatio ſecuta ſit, *l. 7. in fin. inf. de curat. furioſ. & tit.* Cod. *an ſeru. ex ſuo fact. poſt manum. teneat.*

Cæterum conuentioni res vel ſtipulatio magis addit quam detrahit. Sic actio aduerſus eum qui accepit vel ſtipulanti promiſit, ex eo quod acceperit aut ex eius conuentione vel promiſſione, non minus actio ex eius facto eſt, quàm ex maleficio eſſet. At non omni ex facto actioni ineſt ex contractu etiam actio. Nam factum proprie vnius tantum eſt: contractus vero vel conuentio omnino duorum vel plurium, *lege 1. ſupra, de pact.* Rurſus omni ex facto actioni ineſt etiam in factum, quemadmodum & omni ex contractu; quia ex æquo & bono ſimpliciter naſcitur in factum actio: nihil autem tam æquum & bonum eſt quam eum qui egit vt teneretur, teneri. Id enim ſpecialiter egit ipſe qui tenetur, *dict. l. 1. ſup. de pact.* vel quam quod ſpecialiter lege vel ſenatuſconſulto vel conſtitutione aut alia iuris ſpecie cautum eſt. Quia & illud ſpecialiter æquum bonum eſt; quod nominatim ita actum eſt: quæ ſpecies generali æquo & bono derogat, *l. bona*

fides

fides, 31. *ſup. depoſit. l. in toto*, 80. *inf. de diuerſ. regulis iuris*. At non omni in factum actioni ineſt etiam ex facto aut contractu actio: quia ex contractu & ex facto actiones directæ ſunt ex iure gentium vel ciuili, quo qui contraxit vel deliquit, obligatur; in factum vero vtiles, id eſt non directæ ex verbis vel ex conuentione iuris gentium, ſed tantum ſimilem vtilitatem directis habentes, *l. quia*, 11. *hoc tit. l.* 7. § *ſi ſeruum, in fin. ſup. de dolo, l. actio*. 47 *ſup de nogot. geſt.* §. *cæterum. inſtitut. de leg. Aquil.* in factum igitur ſimpliciſſima & generaliſſima eſt, quæ omnium genus eſt; ideoque de omnibus dici poteſt: de qua tamen non omnes dici poſſunt: ex facto inter media, genus actionis ex contractu, ſpecies actionis in factum: ideoque de iſta dici non poteſt, de illa poteſt, id eſt nihil eſt in actione in factũ, quod non ſit in ex facto; non contra. Actio ex facto hoc præ actione in factum, id eſt proprium ſuum & ſpeciale habet, quod ſit directa ad certam pœnam ex certa lege vel alia ſpecie iuris; actio vero ex contractu hoc præ actione ex facto, quod vltro citroque ſit, quatenus actum ſit inter duos vel plures. Hæ tres actionum ſpecies, omnium actionum ſummam & regulam continent; ita vt aliæ aliis ſint genera vel ſpecies, aliæ aliis directæ vel ſubſidiariæ.

Videamus de prima ſpecie, & nihilominus ſeruemus quam dico ſeriem inter earum genera & ſpecies: verbi gratia dicam primum de actionibus ex contractu, cum Vlpiano *in d. l. actionum*, §. 1. quæ actiones in ea ſerie, vt ſpecialiſsimæ & potiſſimæ, cæteris omnibus præuertunt. Omnes actiones ſunt ex contractu vel non contractu. Duplex eſt contractus, certus & incertus; certus qui certum nomen habet, proditum iure ciuili apud quemque populum: incertus qui certum nomen non habet, ſed tantum quod vice nominis ſit, certam aliam demonſtrationem, *l.* 7. *ſup. de pact l.* 9. *ſup. de reb. credit. l. & vno*, 18. *inf. de acceptilat. l.* 1. *verſ. alioquin, ſup. tit. prox.* Ab iſta contractuum diſtinctione actiones quoque ex contractu ſunt aliæ certæ, vt actio empti venditi, locati conducti, & ceteræ: aliæ incertæ, quæ loco nominis propria demonſtratione rem geſtam demonſtrant, *l. 6. C. de tranſact.* quæ nomine generis vocantur præſcriptis verbis. Omnium enim omnibus ex contractibus, non eſt quod dubitemus quin ſit hoc commune nomen, præſcriptis verbis; quia æque omnes dantur ex præſcripto contractus, id eſt ex certa

E lege

ſiſtit. Certum eſſe poteſt contractum eſſe, quia certa conuentioni cauſa ſubſit: ergo & obligationem vel actionem ex eo eſſe, eamque ciuilem, *dicta l. ſeptima, ſupra de pactis*, poſtquam omni iuri gentium, ex quo ſunt omnes contractus, vtique ineſt ciuile, *l. in commodato*, 17. §. *ſicut, ſupra commodat. l. proinde*, 33. *in principio, infra de ædilit. edict.* Sic enim & apud Iuſtinianum *titulo de obligationibus*, accipiendum eſt dictum ciuiles obligationes eſſe, quæ certo iure ciuili comprobatæ ſunt; vt nihil aliud ſit quam nihil in eis à iure gentium mutatum eſſe, nihil iure ciuili additum aut detractum, quod iuri gentium derogaret, quoue obligationes à iure communi diſcederent, fierentue iuris proprii ſeu ciuilis, *l. 6 ſupra de inſtitution. & iur.*

Vlterius vero incertum eſt: quia tale negotium non adeo vſitatum eſt, nec dum nomen ciuile vſu moribuſue obtinuit. Denique actio præſcriptis verbis oritur ex ipſo genere contractus ſeu præſcripta lege conuentionis, cui cauſa ad contractum ſubſit; ex eo dicta quod directa, & in iudicium præſcripta ſit. Nam iudicio demum iudici à Prætore dictando, valet actionem directam vel præſcriptis verbis eſſe, *dicta l. actio*, 47. *ſupra de negot. geſt.* itaque præſcriptis verbis actio, omnino eſt formula ex contractu, iudicium præſcriptum continens, *dicta l. 6. Cod. de tranſactionibus, l. ſi dominus*, 8. *hoc titulo.* Certæ ex certo contractu actiones formulam è propria ſpecie rei geſtæ ad iudicium eodem modo etiam continent; ſed illam vno verbo expreſſam ſeu præſcriptam, à qua ſpeciales ſunt: hæc vero nullum vnum proprium verbum, quo ſpecialiter exprimatur vel præſcribatur, ſed vnam in genere directarum ex contractu actionum formulam, ſeu negotii quod geſtum eſt, narrationem. Precarium, ne ex eo etiam præſcriptis verbis actionem dari mirum ſit, contractus quoque eſt, *l. contractus*, 23. *infra de diuerſ. regul. iur.* quia conuentioni ſubeſt traditio: conuentioni, inquam, de re reſtituenda non tacitæ ſed expreſſæ: nam præſcriptis verbis, aut directa ex conuentione actio ſine expreſſa aut ſpeciali conuentione qui eſſe poteſt? Directum omnino eſt id, quod recta proficiſcitur ex principio ſuo: at nuda ſententia non recta proficiſcitur ex verbis aut conuentione; aut ſi recta proficiſcitur, nec illa nuda eſt, nec alia eſt directa actio, alia vtilis; nõ aliud verba, aliud ſententia; quod conſequens falſum eſt.

Denique nulla actio directa eſt ex nuda ſententia: at omnis præſcriptis verbis actio directa eſt; quod eſſe non poſſet, niſi id vnde proficiſcitur, expreſſum eſſet; puta ex contractu directa non eſſet, niſi ſpecialiter conueniſſet. Itaque precarium ſine manifeſta conuentione contractus nõ eſt, non ciuilis vlla ex eo actio; ſed interdictum tantum. Sine conuentione expreſſa precarium ad donationem & beneficij, non etiam ad negotij cauſſam ſpectat: qui proprie interdicti de precario caſus eſt. Nulla enim eo caſu ciuili actione, in ſubſidium datur interdictũ, *l. eum qui*, 14 §. *is qui precario, infra, de furt. l. interdictum*, 14. *infra de precario, l. ex communi*, 7. §. *inter prædonem, ſup. com. diuid.* Ex conuentione vero de re reſtituenda contractus eſt, ex quo naſcitur ciuilis & directa actio; quæ vt maior, excludit & conſumit ipſo iure interdictum, vt minus, *l. & habet*, 15. §. *cum quis eod. facit l.* 1. *inf. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l.* 1. §. 1. *ſup. de rei vind. l.* 1. *ſup. de public. in rem act. l. ſi creditori*, 28. *infra. de legat.* 1. *l. tertia, infra, de ſentent. paſſ. & reſtit. l.* 1. §. *ſi quis, inf. quod legat. Itaque in l.* 2. *D. de precar ex bona fide, id eſt ex conuentione.*

Deinde contractus incertus, quia non diſtincta ſunt nomina partium & actionum, quibus vtraque ex parte vnum precarij nomen ſufficit, vt dicemus inf. Ergo ex eo oritur actio præſcriptis verbis, *l.* 2. *l. duo*, 19. *eod.* nec maiori ratione puto contractũ vel actionẽ præſcriptis verbis conſtare in ſpecie, *l.* 1. *in fin. & l. ſi gratuitam*. 17. § *Papinianus. l. duo*, 23. *hoc tit.* aut vbicunque intereſſe non poſſit, niſi forte de rei reſtitutione, *l. ſenatus* 35. §. 1. *inf. de mort. cauſſ. donat.* Quidam ait hodie receptum eſſe vt cum precario interdicto concurrat actio præſcriptis verbis. Recte quidem hodie vel heri, ex quo illi venit in mentem; ſcilicet; certe non olim: deinde ab eo vno receptum eſt, non ab vllo iuriſprudente. Sed quid ſtultitia interpretum hodie non deſignat? Ea re plurimum in hanc prouinciam attractus ſum, quo huic tit. ſuccurrerem; cum in eo, qui metropolis eſt quædam, vt ita loquar, omnium cõtractuum, ferre non poſſem iuriſprudẽtiam tam indignis modis accipi. Itaq; decreui vbicunq; inciderit, ſtultis interpretibus nõ parcere. Iuriſprudentia enim maxime publica res eſt, qua ſummopere intereſt quomodo quiſq; vtatur. *Quia nonnunquam incertũ eſt, vtrum quis pro legato an pro hærede vel pro poſſeſſore poſſideat* ait Vlp. *in l.* 1. §. 2. *inf quod legat. belliſſime Arrianus ſcribit hereditatis petitionem inſtitu-*

ſtituendā, & hoc interdictū reddendū, &c. Sed quę dubitationis tollēdæ cauſa excogitata vel deſignata ſunt, ius commune non lædunt, *l. qui mutuam*, 56. *ſupra mandat.* Quin etiam fateor vbi actioni directæ locus ſit, & interdicto multo magis eſſe; vt *leg. ſi merces*, *vigeſimo quinto*, §. *culpa*, *ſupra locat*.

Sed nihilo melius, ille actionem præſcriptis verbis cum precario interdicto ob id concurrere ait. In diuerſis quidem perſonis recte diceret; quemadmodum ſcilicet ſi alteri vſus, alteri fructus legatus ſit; fructuarius dicitur in vſum concurrere, quod in fructu vſuarius facere nō poſſet: Paul. *lib. ſenten. 3. titulo ſexto*, ſed in eadem perſona videat ſi poteſt, quam imperite, ex eo quod ſi vſu legato, eidem fructus legetur, Pomponius *in l. per ſeruum*. 14. §. *vſu. ſupra de vſu. & habit.* non ait vſum & fructum concurrere, ſed confundi. Quod de precario, idem de dotis datione dico in *l legem* 10. *Cod. de pact. & l.* 1. *Cod. de pact. conuen. tam ſup. dot.* Nam & dotis datio appellatur contractus in *dicta l. contractus*, & ex ea dicitur actio præſcriptis verbis competere, *l. 6. C. de Iur dot. l. vnic.* §. *accedit*, *Cod. de re. vxor act.* Eundem vero blateronem qui ex *dict. l. legem*, eadem ſtultitia colligit condictionem vtilem concurrere cum actione præſcriptis verbis plenius refellendum conſtituimus paulo inferius.

Hactenus de actionibus ex contractu. Ex non contractu actiones ſunt ex facto vel non ex facto: vbi primum occurrit quæſtio, poſtquam præſcriptis verbis actio generalis eſt, nunquid competere poſſit etiam ex delictis, quæ omnia ſunt ea facta, ex quibus naſcuntur iſtæ actiones, *dict. l. actionum*, §. 1. nam & in his factum vt cauſſa obligationis, ſubeſt ab eo quod nocitum eſt alicuius patrimonio: *facit l.* 4. *inf. de oblig & act. & l. locatio*, 9. §. *quod illicite infra de public.* & quemadmodum dare vel facere alicui, aduerſus eum cui datur vel fit, materia eſt obligationis atque æquitas, quæ informatur ſimili vtriuſque tum qui dedit tum qui accepit voluntate & conuentione; ſic contra auferre aliquid vel damnum dare, obligationis materia atque æquitas aduerſus eum qui abſtulit vel damnum dedit; quæ informatur non voluntate eius qui damnum dedit vel paſſus eſt, non conuentione ſed lege vel alia ſpecie iuris qua de eo facto vel maleficio cautum eſt. *l. obligamur*, 52. *inf. de oblig. & act. l. 3. inf. quod vi aut clam.* Equidem non dubitem omnes ex legibus eſſe etiam pre-

ſcriptis verbis actiones. Nam legis actiones antiquo iure ſic dictæ ſunt, quia ad legis verba præſcriptæ erant; quæ vtique etiam de maleficiis pręſcriptæ erant, *l.2.§.deinde ex his legibus,ſupra de orig.iur.Valer.Max.lib.6.c.2.de Caſelio,1.cap.*

Sed raro ita neceſſe fuit ex facto ſeu maleficio, ſic vllas præſcriptis verbis dici, aut ad generale nomen deſcendere, vt eſt in contractibus: quia nec ita ex maleficiis certe ſunt vllo iure, id eſt, certa definitione actiones præter eas, quæ legibus re & nomine definitæ ſunt; vt in contractibus præter certas ex certis contractibus, certæ ſunt quædam ex certa contractus ſeu iuris gentium definitione, incerto tantum nomine. Ex contractibus non poteſt deeſſe obligatio vel actio; nomen ſæpius deeſſe poteſt proprium & ſpeciale, quo illa appelletur: ex maleficiis ſine lege, tum definitio tum nomen deeſſe, cum lege vtrumque ſuppetere neceſſe eſt.

Quemadmodum citra contractum non certum eſt actionem eſſe, ſic ex facto præter leges non certum aut definitum eſt. Ex ſingulis maleficiis eſt quidem obligationis cauſa; nihilo tamen magis obligatio vel actio ciuilis, aut directa ſine lege aut conſtitutione, quam ex indebito per errorem ſoluto: ſed cognitio tantum & pœna extra ordinem, id eſt, actio in factum ſeu vtilis, vt in fideicommiſſis & extraordinariis actionibus. Quod ſi lex eſt de obligatione vel actione, ex eadem lege æque non deerit proprium obligationis vel actionis nomen, quod præſcriptis verbis nomen commune excludat & conſumat ipſo iure; atque ſuppetit propria formula ſeu præſcriptis verbis actio, *l.ſi gratuitam,17.§.Papinianus, hoc.tit.*

Detur vero vllum factum ſiue vnius voluntas, ex quo inter duos vel plures vltro citroque ſit actio: præſto & eo caſu præſcriptis verbis actionem proprio nomine competere, *vt in l.hæreditatem, 28.infra de donation.l.his conſequenter,18.§.idem quærit,l.ſi filia 20.§.ſi pater, ſupra famil. erciſc.* quibus locis præſcribitur actio præſcriptis verbis ex donatione & ex teſtamento, cum alias neque vlla ſit ex donatione actio, neque vltro citroque ex teſtamento. Ex quibus habemus quam recte vtrique conſtet ratio, & Vlpiano, *in d.l.actionum,25.§.primo,infra de obligationibus & actionibus,* cum ait actionũ quaſdam ex contractu, quaſdam ex facto, quaſdam in factum;

factum; & ei quiſquis hunc titulum præfixerit de præſcriptis verbis, & in factum actionibus. Nam qui præſcriptis verbis dicit, etiam ex facto dicit, ſi factum vel ex facto actio præſcriptis verbis actioni ineſt: tantummodo non exprimit ex facto, quod exprimit Vlpianus, *in dicta l. actionum*. Sed non contra qui dicit quaſdam eſſe actiones ex contractu, etiam omnes dicit quas poſſet præſcriptis verbis, niſi adiiciat etiam quaſdam eſſe ex facto, vtique enim donatio aut teſtamentum non idem eſt etiam contractus, niſi contractum valde ſingulari modo accipimus, primum in teſtamento, vbi dicamus etiam ex facto vel vnius voluntate actionem præſcriptis verbis dari; propterea quod contra quam regulariter non datur legatum, damnaturue hæres niſi extraneo, vt idem Vlpianus ait, *tit. 24. reg. legatum ei.* Illic daretur & conſiſteret inter ipſos hæredes in ſolidum. Idque videtur velle Pompon. *in l. 7. infra de ann. legat. In teſtamentis quædam ſcribuntur*, inquit, *quæ ad auctoritatem duntaxat ſcribentis referuntur, nec obligationem pariunt; vt ſi te ſolum hæredem inſtituam, vt mihi monumentum certa pecunia facias. Nullam enim obligationem ea ſcriptura recipit: aliter atque ſi cohærede tibi dato idem ſcripſero. Nam ſiue te ſolum damnauero vti monumentum facias, cohæres tuus agere tecum poterit familiæ erciſcundæ vt facias, quoniam illius intereſt: quinetiam ſi vtrique iuſſi eſtis hoc facere, inuicem actionem habebitis.* Hæc Pompon. quibus facit, *l. ſi ita quis, 74. infra de hæred. inſtit. l. filiusfamil. 114. §. pro penult. inf. de legat. 1. l. pater, 38. §. Iulius, l. Titius, 42. infra de legat 3.*

• Cæterum qui tantum actionum dicit quaſdam eſſe præſcriptis verbis, quaſdam in factum, is eo argumento vrgeri non poteſt: quia manifeſte promiſcuam facit actionem præſcriptis verbis ex contractu & ex facto; eaque cauſa tutius & ſolutius dicit. Videtur tamen mihi nos vtroque voluerimus modo, dicere poſſe, *in d. §. idem quærit, & §. ſi pater*, agi præſcriptis verbis, vt ex cōtractu, vel ex facto, vt ex teſtamento; modo ſi pręſcriptis verbis dixerimus, vt ex contractu, rationem Iuliani, *in dicto §. idem quærit*, hanc ſumamus cum Papiniano, *in dicto §. ſi pater*, quia cum pluribus hæredibus inſtituti teſtator iuſſit monumentum fieri, perinde eſt, ac ſi ipſi hæredes inter ſe ea de re conuenerint; cum actio ab his cœperit. Cauſa quidem hæreditatis à teſtatore ſubeſt; ſed omnia teſtatoris propria, eadem hæredum communia ſunt: hoc vero hæredum

pro-

Digitized by Google

proprium vt quod teſtator naturali tantum impedimento agere non potuerit, hoc illi inter ſe poſsint & teneantur, ſi teſtamento vel aliter ita vt valeat, cautum fuerit. Et quidem longe aliter hoc loco obligantur heredes, quam in legatis & prælegatis. Hæc enim ſtatim acquiruntur vel de his acquiritur huiuſmodi actio quæ ſit ſtricti iudicij, nec vllum incrementum accipere poſsit, niſi iudicio occupata; quare & ſi legata ab herede cœperint, hereditariarum tamen actionum loco habentur: *l. hereditariarum. 40. inf. de oblig. & act. facit l. 7. inf. de reb. auctor. Iud. poſſ.* de monumento vero iuſſu teſtatoris ab heredibus faciendo vel de bonorum & nominum diuiſione à patre inter filios facta ne actio hæreditariæ loco habeatur, ideo tum Vlpianus *in dict. §. idem quærit.* ex Iuliano dicit heredum intereſſe, quos ius monumenti ſequitur, id eſt proprio iure & nomine ſingulorum intereſſe & actionem à ſeipſis ad heredes, recto iure in ſolidum tranſmittere, quamuis minima ex parte heredes ſint; *l. pro herede, 20. §. 1. & vltimo, inf. de acquirend. heredit. l. 5. & 6. l. ſi quis fuit, 33. ſupra, de relig. & ſumpt. fun. l. quia perinde 43. infra, ad Sc. Trebellian.* tum Papinianus *in dict. §. ſi pater*, diuiſionem perinde accipiendam quaſi ipſi filij inter ſe permutationem certa lege fecerint. Contractus qui in perſona vnius patris eſſe vel intelligi non potuit; inter filios ſui iuris factos vel inter heredes qui plures ſunt, ad quos deſcendit ille teſtatoris iuſſus vel patris diuiſio, contractus primum omnium exiſtere vel intelligi poteſt. Id facilius eſt *in dict. l. hereditatem*, quia donatio eſt inter viuos; & donatio hereditatis, cuiuſmodi mera eſſe non poteſt; ſed negotium huiuſmodi, *do vt creditoribus hereditarijs ſatiſfacias.* quamuis tacitum, tamen quod in donatione hereditatis pro expreſſo eſt; quia hereditas iuris eſt; iuris vero cauſſa quæ ſemel ſtetit, ex poſt facto mutari non poteſt; niſi certis modis, vt diximus ad tit. de auctor. tut. apud Iuſtinianum. Tale negotium expreſſum eſt *in l. ſi apud, 18. hoc tit.* Quod ſi *in dict. §. idem quærit. & dict. §. ſi pater*, dixerimus ex facto agi vt ex teſtamento, cenſeo retineamus locum duplicandę actionis ex mutuo facto, ex mutua damnatione; quo incremento rurſus perficitur vltro citroque actio, cui iam non ſufficit nomen ex teſtamento, quod vnius voluntas vel factum eſt; præſcriptis verbis vero quæ vltro citroque æque principalis eſt, ſufficit; nec minus tamen ex facto eſt, quia vt diximus,

præ-

præſcriptis verbis actioni ineſt ex facto actio. Sic rurſus præſcriptis verbis dici poteſt proprio nomine, poſtquam non ſuccurrit aliud nomen.

Denique ſi contractus eſt tantum vltro citroque obligatio, vt ex Labeone definit Vlp. *in l. Labeo. 19. infr. de verb. ſignif.* quid intereſt vtrum duo vel plures conuenerint, an aliunde hæc in eos deſcendat obligatio inter ſe? modo ius perſequendi ſeu initium ſeu poteſtas agendi ab eis cœperit. Doctorum eſto iudicium iſta quam multo meliora ſint iis quæ ad dict. §. *idem quærit.* vulgo afferuntur, Iulianum tentare de actione præſcriptis verbis poſt iudicium familiæ erciſcundæ & rerum diuiſionem inter hæredes factam, quaſi ex permutatione: quia ea diuiſio pro permutatione eſt. *l. cum pater. 77. §. hæreditatem poſt mortem, infr. de legat. 2. l. licet 23. C. famil. erciſc. l. 7. C. comm. vtriuſq. iudic.* Scilicet Iulianus & Vlpianus aſtuti eſſe ſuſtinent, qui locum arduum ſimulant, & graue aliquid parturiunt vt naſcatur ridiculus mus. Nam actio præſcriptis verbis ex permutatione reuera inter heredes geſta quid ſingulare videri poteſt habere? Præterea quam ob cauſam ait Iulianus actionem præſcriptis verbis, quia heredum interſit, quos ius monumenti ſequitur; ea cauſſa nonne æque ante & poſt iudicium familiæ erciſcundæ conuenit? Nec enim ius monumenti in iudicium familiæ erciſcundæ venit, vel certe fruſtra venit quod indiuiduum eſt & cuique inſolidum competit. *l. 6. ſup. de religioſ. & ſumpt. fun. l. 6. §. ſi quia. ſup. commun. diuid.* Accedit diſſentaneum, *Idem tamen.* Id enim non aperte iudicium familiæ erciſcundæ excludit, aliudque ſine eo indicat? Sic Pomponius *in dict. l. 9. inf. de annu. legat. Quin etiam ſi vterq. iuſſi eſtis hoc facere,* inquit, *inuicem actionem habebitis.*

Denique illa præſcriptis verbis, de qua agitur in dict. §. ſi pater. poteſtne induci ex iudicio familiæ erciſcundæ, quo loco ideo exigitur omnes res à patre diuiſas eſſe, ne vnquam quicquam iudicio familiæ erciſc. ſuperſit loci? Antequam miſſam faciam actionem præſcriptis verbis, plenius videndum eſt ne, excepto quidem certo nomine, minus directa ſit quam quæ directiſſima. Et quidem ſi vlla ex facto directa eſt, ex qua principium habet præſcriptis verbis; proculdubio eſt & hanc directam eſſe. Omnis vero ex facto actio certe directa eſt ex ea lege vel conſtitutione quæ actionem ex eo facto informat. Præterea an minus directa eſſe poteſt ex contractu incerto, quam actio empti venditi, locati

F condu-

conducti directa ex emptione, venditione, locatione conductione, aut cæteris ex cæteris? Quid? minus quiſque contractus eſt ſuæ & propriæ ſpeciei, quamuis incerto nomine? Atqui ideo dicitur proprium negotium, propria actio, verba agendi, poſtquam certa lex contractus latere non debet, nunquid æque præſcribi poſſunt recta ex lege ipſa contractus ſeu conuentione cui cauſſa ſubeſt; quam ex emptione venditione, locatione conductione? Atqui id omnino directam actionem facit *dict. l. actio, 47. ſup. de negot. geſt.* hoc tantum intereſt quod ex certis contractibus certæ ſingulæ præter certam conuentionem, etiam certum & directum nomen habeant: ex incertis vero, directum ad genus tantum contractus habeant; & in hanc vnam ſententiam certe dicitur actio præſcriptis verbis vtilis *in l. 6. C. de transact.* hoc quidem libens fateor, vtilem eſſe, vt omne genus ſubſidiarium eſt ſuæ ſpeciei: ſed hæc differentia, rogo, quam puſilla eſt? non enim ius ex nomine eſt, ſed ex conuentione: aut ſi ex ipſo nomine eſt, puta in iſta formula. *Si paret Luc. Titium C. Seio equum vendidiſſe, quantum Luc. Titium C. Seio ob eam cauſſam ex æquo & bono præſtare oportet, in id condemna eum Iudex.* Si ex verbo venditionis oritur ius; certe non per ſe, ſed tantum quia certam conuentionem demonſtret. *l. in emptionibus. 43. ſup. de pact.* Denique nulla proprie iuris differentia eſt: Id vtrobique gentium & directum primo ex conuentione. In toto iure generi per ſpeciem derogatur & potiſſimum habetur quod ad ſpeciem directum eſt, id eſt quo vnumquodq; certius, eo magis ius. Nam omnino ius eſt idem quod certum & finitum.

Certum vero vnumquodque eſt quatenus ſpeciale ſeu ad ſpeciem directum: ideoque actiones ea certæ qua ſpeciales aut ad ſpeciem directæ. Atqui actiones præſcriptis verbis non minus ad certam conuentionis ſpeciem directæ ſunt quam certæ actiones. Exigitur enim in primis vt certa ſit conuentio vnde formetur actio. Nec vero id tantum certum eſt cuius ſpecies vel quantitas certo nomine, ſed etiam quod ea demonſtratione quæ vice nominis fungatur, quale quantumq; ſit oſtenditur: non refert proprio nomine res appelletur an digito oſtendatur aut vocabulis demonſtretur, quatenus mutua vice funguntur ea quæ tantundem præſtant: nec tantum pecunia nuncupata olim fuit nominibus propriis pronunciata, ſed etiam quæ incertis: vota nuncupata, non tantum de

recto

recto nominata, ſed etiam promiſſa & quaſi teſtiſicata, circumſcripta receptaque apud Feſt. Et nominatim legatum accipiendum, quod modo à quo vel cui relictum ſit, intelligatur; licet nomen non pronunciatum ſit. *l nominatim. 90. infr. de legat. 3 l. nominatim. 34. infr. de condic. & demonſtr. Paul. lib. ſent. 4. tit. vlt.* Denique certi contractus ab incertis differunt tantum demonſtratione: illi vnico verbo demonſtrantur, quia vnico verbo eorum ſubſtantia explicatur; iſtis vero quampluribus opus eſt ad demonſtrandam conuentionem, quæ certum vnum nomen non habet. Cætera quæ ſola iuris ſunt, omnino paria ſunt. verbi gratia non magis inter alios quam quos inter contractum ſit, præſcriptis verbis recte agi poteſt, quam actione certa: quod tamen directæ actionis proprium eſt: non minus actione certa incertum petitur, quam præſcriptis verbis; ideoque non minus illa vtilis eſt ſubſidiariave certi condictionis, quam iſta. Nam ex omni cauſſa vel obligatione prius & potius eſt vt petatur ſi poteſt, certum quod nihil ex arbitrio iudicis pendeat: quod ſi non poteſt, ſuccedit incertum ſeu quod intereſt, de quo facti quæſtio eſt, quæ certum & liquidum habet demum ex arbitrio vel officio iudicis. Quod ne proprium quidem eſt inter actionem ex ſtipulatu, & actionem bonæ fidei, qualis eſt omnis præſcriptis verbis, vt alibi probamus; ſed commune etiam inter actiones eiuſdem originis, puta inter ipſas actiones ex ſtipulatu. Nam ex ſtipulatu actio qua petatur incertum, ſubſidiaria eius eſt qua certum. *l. vlt. inf. de ſtipulat. prætor.* Et ita accidit vbi non omnia pariter certa ſunt, vt poſſint actiones non ſolum diuerſæ originis, ſed etiam eiuſdem, aliæ aliis eſſe directæ atque vtiles inter ſe: vbi vero omnia pariter certa, nullæ aliæ directæ, aliæ vtiles inter ſe; ſed æque omnes directæ & principales. Rurſus omnes iuris gentium, vtiles ſunt earum quæ iure ciuili conſtitutæ ſunt; quia iure ciuili quoque derogatur iuri gentium addendo vel detrahendo & conſtituendo aliquid certius: quomodo omnes ex contractibus iuris gentium obligationes & actiones ex ſtipulatu obligationis & actionis vtiles & ſubſidiariæ ſunt. Stipulatio enim quamuis incerti; hoc certius, ſpecialius & maius præſcriptis verbis actione habet (vnde in ſtipulationibus dicitur ius contineri) quod non ſolum certa eius conuentio, ſed etiam certa verba & duorum ex ea reorum certe alter vnus ſit credendi, alter debendi: nullus creditor ſimul &

debitor; quod vterque eſt in omni actione præſcriptis verbis ex contractu, quæ certam formam habet ex conuentione, id eſt non etiam ex verbis contrahentium. *l.3.§.quid ſi.ſup.de condict.cauſ.dat.cauſ.non ſec.l.ſi ſt:pulor.35.§.vlt.l ſtipulatio.38.§.ſi quia inſulam.verſic.item ſi quia.inf.de verb.oblig.l.in conuentionibus 219.inf.de verb.ſignif.l.contractus.23.inf.de diuerſ.reg.iur.*

Sed iſta nihil aut parum ad hunc titulum aut ad iuriſconſultos intelligendos; qui vix alias vnquam appellant vtiles quam omnium poſtremas, quæ nulla ratione dici poſſunt directæ: quia nullum ius eſt ex quo præſcriptis verbis derigantur. Præſcriptis autem verbis actionibus quænam vllæ actiones magis ex conuentionibus magiſve recta deſcendunt? quæ non ante competunt quam pareat quid actum fuerit. *l.8.hoc tit.* Actiones quoque ex facto multæ differentiam accipiunt à verbis & ſententia; At præſcriptis verbis nulla hanc differentiam accipit, quæ parem vltro citroque cauſſam habet ipſum à conuentione quæ expreſſa eſt & ipſum ius vltro citroque æquale & commune facit. Appellatur quidem paſſim in factum: & illud in factum, id eſt incerti ſeu in id quod intereſt: ſed illud ſupra repetitionem vel æſtimationem rei ſuæ intelligendum eſt. ſeu de eo lucro quod ex conuentione directum ſit; quod in actionibus vtilibus de repetitione tantum vel æſtimatione rei ſuæ intelligi poteſt, quia non contractus non negotium ciuile, non conuentio eſt. *l.1.inf.de action.empt.l.ſi in venditione.60.inf.de euict.l.quod ſi nolit.31.§ in factum.infr.de ædilit.edict.* Quorſum tam multis locis hoc titulo actio præſcriptis verbis non dicitur in factum ſimpliciter, ſed in factum ciuilis. *l.1.in princ.& §.1.l.5.in prin.& §.quod ſi faciam.l.6.7.8.9.15.16.17.* quaſi condictiones de reſtitutione eius quod datum vel factum eſt, ſint naturales tantum, vt certè ſunt eo reſpectu. Paulus in l.5.hoc tit. *Dubium non eſt ciuilem obligationem naſci,* inquit, *in qua actione id veniet, non vt reddas quod acceperis, ſed vt damneris mihi quanti mea intereſt; vel ad repetendum condictio.* Idem in l. 7.

De actione præſcriptis verbis hæc clauſula ſit, in ea vt in genere, ſatis eſſe definiri quid ſit contractus, vt ius ex eo ſit certum & finitum: vltro citroque obligatio directa: id vero definiri conuentionem certam cui cauſſa ſubeſt: ſingulorum vero contractuum, qui huic definitioni conueniunt, etiamſi non ſint certa nomina, vt fere accidit infinitas eſſe res ſingulas, quibus omnibus dare nomina non ſufficimus; non minus tamen

men eos per ſe certos eſſe demonſtratione qualibet eius quod actum eſt; ideoque non neceſſe eſt exemplum quæri certi alicuius contractus, adeo vt ſit contractus incertus aut actio præſcriptis verbis, quod rurſus peſſime Interpretes; cum ea definitio idque ius in genere quo omnes æque definiti ſunt, ſibi ipſum ſufficiat; nec vero certus contractus magis contractus ſit quam incertus. Valde abſurdum eſt quod quilque contractus per ſe habet vt ſit contractus, id illi auferre vt aliunde idem illi emendicetur. Actiones vero in factum vtiles (vt de his iam videamus) contra ne certam quidem generis definitionem habent. Quis enim æquum & bonum in vniuerſum definire poſſit, quod omnino facti eſt cum vix id poſſit in ſingulis articulis? *l. ſed & ſi 26. §. vlt. ſup. ex qui. cauſ. maio. l. de actionibus 14. infr. de diuerſ tempor. præſcr. l. 2. infr. de iur. & fact. ign. l. mora. 32. infr. de vſur. l. Mæuia. 13 §. 1. inf. de ann. leg. l. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur. inf. de verb. oblig. l. ita vulneratus. 51. §. vlt. ſup. ad leg. Aquil.* actionum in factum vtilium, ſi vis, definitio eſt, earum quæ dantur neque ex contractu neque ex facto. Quod ſi hanc definitionem non rectam dicis, quæ nihil quam negat, nec ſubſtantiam earum actionum declarat, nec illæ actiones, inquam, quarum ea definitio eſt, rectæ ſunt, quæ ideo dicuntur vtiles, non præſcriptis verbis. Actionum non rectarum recta definitio, incertarum certa dari non poteſt. Actio in factum, ſi vis aliter, eſt qualis qualis actio, vel eſt quæ datur à prætore propter æquum & bonum, exceptis his agendi figuris quæ proprio nomine appellantur vel propria definitione definiuntur. Species enim à genere eximendæ ſunt. *l. ſi peculium. 10. infr. de manu. teſta.* Sic definit Caius mortis cauſſa capionem. *in l. mortis cauſſa capitur. 31. & Marcellus. in l. inter. 38. infr. de mor. cauſ. dona.* Sic plebem, *idem Caius in l. plebs 238. inf. de verb. ſign.* & furtum nec manifeſtum *in l. nec manifeſtum. 8 infr. de furt.* Sic ligna *Ofilius in l. ligni. 55. infr. de legat. 3.* ſic ſupellectilem *Pompon. in l 1. Alphenus in l. 6. Celſus in l. 7. inf. de ſupellect. leg.* Sic argentum factum *Vlp. in l. Quintus. 27. in fi. inf. de aur. & arg. leg.* idem locum purum *in l. 2. §. prætor. ſup. de religio. & ſumpt. fune.* membranas puras *in l. librorum. 52. § quod tamen. inf. de leg. 3.* Idem nec actionem in factum definit. *in d. l. actionum. 25. §. vlt. inf. de oblig. & act.* ſed exemplum tantum proponit.

Denique ſi quis definitionem velit, quanta maxima dari poteſt, actio in factum vtilis de omni æquo & bono dari poteſt in ſubſidium directæ.

Cæterum quæ certam definitionem non habent, certas tamen ſpecies habere poſſunt ex variis cauſſarum figuris; Ideoque & proprio quodam iure extra contractum vel extra leges dicuntur contineri *in l. 1. infra de oblig. & action.* eadem ratione ſtant actiones in factum qua cognitiones extraordinariæ, quarum numerum cum ex variis cauſſis deſcendat, dicitur in genera facile diuidi non poſſe, niſi ſummatim diuidatur *l. 5. infr. de extraordin. cognit.* Singulæ actiones in factum vtiles definitæ ſunt certo caſu ex certo æquo & bono, quamuis citra contractum vel legem aut aliam iuris ſpeciem, vnde directa ſit: aliæ ad exemplum certarum, aliæ ſine exemplo, ita tamen vt non repugnent vlli directæ. Illæ in ſingulis iuris partibus de quibus directæ ſunt, ſuccedunt directis, quando vtilitatis cauſſa per interpretationem adiuuantur leges, ſenatuſconſulta, conſtitutiones, contractus, & porriguntur ad ſimilia eorum exempla de quibus cautum eſt, id eſt nominatim conſtitutum vel contractum. Cuiuſmodi actiones dicuntur vtiles ſingulæ ſingularum directarum quę proprium nomen habent, vel etiam præſcriptis verbis actionum. *l. neque leges. 10. cum ſequentibus. ſupr. de legi. exempla ſunt in l. pen. ſupr. ſi quadrup. paup. feciſ. dic. l. 2. in fin. ſup. de condict. in d. l. 6. in fin. l. ſi vero. §. ſi filios, ſup. mand. in l ſi longius, 18. §. 1. ſup. de iud l. locum, 17. in fi ſup. de vſufr. l. ſed & ſi. 12. cum l. ſequ. ſup. ad leg. Aquil. l. ſi cum. 66. §. vlt. infr. de euict. l pecunia, 8. infr. de alim. leg. l. ſi Titius, 48. in fin. infr. de fideiuß. l. penult. & vlt. infr. de acquir. hæred. l. 5. C. ſi res alien pig. dat l. quodcunque, 45. §. ſi ita, l. ſi ita, l. ſi procuratori, 79. infr. de verb. oblig. l. quidam, 46. infr. de hæred. inſtit. l. ſi cum emptore, 16. ſupr. de pact. l. procuratore, 55. ſup. de procur. l. Titio fundus, 73. infr. de condic. & demon.* Vtiles vero directarum ex cæteris legibus non ita multas reperias extra legem Aquiliam, cuius vtilitas nomine iniuriæ ſeu culpæ, latiſſime patet, *l. quia, 11. hoc tit l. hoc modo 46 inf. de condict. & demon facit l. ſi vero, 64. §. de viro, inf. ſolut. matri. l. item quæritur, 13. in princ. ſup. loc. l. de pretio, 8. ſup. de public. in rem act. l. quod conſtitutum, 21. inf. de teſtam. mili.*

Nonnunquam iſtæ appellantur in factum, quod nomen ſimplex eſt atque abſolutum, nec vllum exemplum proprium reſpicit: ſed plerumque adiicitur eas accommodari legibus vel negotiis vnde ſunt directæ, *vt in d. l. quia l. vxor marito, 55. in fi. inſ. de don. int. vir. & vxor. l. eleganter, 24. ſup. de pignerat. act.* Nihil refert vtrum dicas actionem in factum accommodatam

datam huic vel illi legi vel contractui, an actionem vtilem huius vel illius legis vel contractus. Vtrumque enim eſt accommodatam eſſe huic vel illi poteſtatem effectum & vtilitatem legis vel contractus, *d. l. actio. 47. ſup. de nego. geſt.* verba & conuentio inflexibilia ſunt, ideoque accommodari non poſſunt, *l. proſpexit, 12. inf. qui & à qui manu.* ſed non ita ſententia recta aut inflexibilis, itaque ea verbis vel conuentioni per interpretationem vel iuriſdictionem in ſimilibus caſibus accommodatur, id eſt etiam ſi factum verbis legis vel rigori contractus omnino ve ſtricto iuri minus conueniat; pro eo tamen is caſus accipitur à prætore & perinde dat iudicem. perinde iubet condemnari ac ſi talis eſſet veritas iuris vel formula. *facit l. filio patroni, 46. inf. de rit. nupt.* plerunque non adiicitur de his accommodandis, quod intelligendum tamen eſt ex re ſubiecta, *vt in l. 1. §. & generaliter ſup. ſi quadrup. pauper. l. 7. §. proinde, §. ſed ſi quis ſeruum, ver. Celſus, l. 9. l. item Mela. 11. §. item cum eo ſup. ad leg. Aquil. d. l. ſi vero, 12. §. ſi filioſ. mandauero, ſup. manda.*

Cæterum non agnoſco vllam differentiam inter vtiles ex interpretatione Iuriſconſultorum & vtiles ex iuriſdictione prætoris; quæ differentia, iuris differentiam facit. Iuriſconſulti dum ex ſuo interpretationis munere vtiles actiones excitant, eum tantum qui iurisdictioni præeſt, æquitatis monent; ne eo caſu ſuis partibus deſit aut iudicium vel decretum neget, *vt in l. ſi poſt. 22. ſup. de pecun. conſtit. l. 5. § interdum, ſup. de his qui effud. vel deiecer. l. qui erat. 49. ſup. fam. erciſc. l. 2. § interdum, inf. de vulg. ſubſt. l. ſi impubes, 7. in princ. inf. de carbon. edict. l. in furti. 50. in fi. inf. de furt.* Quiſquis auctor ſit in factum actionis, ea ciuilis dici poteſt ex interpretatione ſeu ſententia legis, *d. l. neq. leges, 10 cum ſeq. ſup. de legib. & l. 6. inf. de verb. ſignif.* quemadmodum & prætoria ex interpretatione edicti. Hæc ſpecies mihi occurrit prima in factum actionum: quia facilius eſt tum iuriſconſultis tum principi per interpretationem vel conſtitutionem, tum etiam ei qui iurisdictioni præeſt, per iurisdictionem ſupplere & certius de his quæ primo conſtituta ſunt, ſtatuere, quàm nouum aliquid inſtituere vel facere.

Actiones vero vtiles ſine exemplo directarum certæ ſunt ab ea forma quam iuriſconſultus qui actionem aliquo caſu eruit, ſuaſit vel quam prætor qui eam edicto propoſuit, denique quam ſine edicto cauſſa cognita

gnita decernendo dederit. Sed iuriſconſulti ſine exemplo vix præſumunt certam condemnationem præſcribere vlla in actione, niſi quam dictat ipſa res quæ ſubeſt, ex qua naturam & ſubſtantiam actionis captant: prætor vero plerunque, *vt in l. penul. & vlt. ſup. de in ius voc. l. 5. ſup. ne quis eum qui in ius voc. l. 1. ſup. de calumniat. l. 2. inf. vi bon. rapt.* Aliquando tamen non præſcribit, relicturus certam condemnationem cognitioni iudicis, *vt in l. 1. ſup. de dolo, l. 1. de ſeru corr l. 1. ſup. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l. 7. infr. quod falſ. tut. auct. l. 3. inf. de ſepulchr. vio.* hanc ſpeciem deſignamus plerunque per nomen & laudationem prætoris vel cuiuſque auctoris ſui, vel à primis edicti verbis, quo introducta eſt, vel qua breuiſſimum eſt, quod inſtar eſt certi nominis: Ita vt certum nomen non minus quam certam ſpeciem habere nec deſiderare videatur ea re ſimilis directis actionibus ex facto, quæ ex lege vel alia ſpecie iuris ciuilis diriguntur, à qua ſpecie nomen accipiunt, ſimilis quoque certis ex contractibus certis, quæ nomen elegans, id eſt proprium & ſingulare habent: à quibus omnibus hoc maximè hæ differunt, vnde dicuntur vtiles ſeu in factum actiones, id eſt in ſimplex æquum & bonum; quod per interpretationem vel iuriſdictionem etiamſi non exemplo vllius directæ, quam ſpecialiter ſuppleant, tamen omnino dentur iuris ſupplendi cauſſa. Iuriſconſulti & prætor adiuuant & ſupplent ius ciuile non ſolum ſpecialiter ad ſingulos eius articulos, ſed etiam ad vniuerſum, vbi aliqua pars æquitatis omnino iure ciuili omiſſa eſt, *l. ſi ſeruum, 33. in fi. ſup. ad l. Aquil l. quæſitum, 13. inf de teſt. l. vlt. de var. & extraor.* quia, quod nemo neſcit, eadem ratio eſt in totum omiſſi, atque in parte, *l. ſi ſeruus, 82. infr. de acquir. hæred. l 3. infr. pro derel.*

Secundum genus actiones, de quibus in totum ipſo iure omiſſum eſt, intelligit *Papin. in l. 1. & Pompon. in principio, l. quia 11 hoc ti. Vlp. in d. l. actionum, 25. §. 1. in fin. inf. de obl. & act.* alterum vero quæ ad exemplum directarum comparatæ ſunt, *Pompon. in progreſſu dicta l. quia,* Pro corollario huius tractationis, apte videor mihi ſubiicere poſſe pleniorem tractationem quam ſupra dixi, quatenus condictio vtilis vel actio in factum concurrat cum actione præſcriptis verbis. In primis ex eo quod ſupra expreſſimus vbi actoris non interſit id dari quod conuenit, vnde Iuriſconſulti actionem ciuilem ſeu præſcriptis verbis remouent & dicunt rem à ſe da-

tam

tam condici, quaſi cauſſa datum cauſſa non ſecuta, id eſt quaſi contractus non ſit, quis adeo ſtipes vt eo loco condictionem aut repetitionem quæ dicitur, interpretetur præſcriptis verbis, vel cum ea dicat condictionem vtilem concurrere? At inuenti ſunt tamen qui ſimili caſu interpretantur & dicunt *in l legem*, 10. *C. de pact. & in l.* 1. *C. de pact. conuent. Cum pecunia datur & aliquid de ea reddenda conuenit, vtilis eſt condictio*, Inquit lex. In eos quod dictum conueniet? Ita inconditum eſt quod inferunt, eodem argumento ſupereſt, quod breui, ſi Diis placet, ab illis damnoſis interpretibus expectandum eſt; vt ſic vel magis merito actionem ex ſtipulatu vtilem eſſe inferant, vel vtilem cum directa ex eadem origine concurrere dicant, poſtquam habent & ſtipulationem vtilem vocatam ad reſtitutionem in integrum, *l minor 39. inſ. de euict.* Sic actionem ex empto, quam etiam ipſam vtilem ad diſtrahendam emptionem, *l. ex empto*, 11. § *ſi quis virginem, ſup. de actio. emp.* ſic poſſunt *ex l. 2. C. de pact. int. emp. & ven.* vbi ex emptione venditione dicitur præſcriptis verbis vel ex vendito actionem datum iri; colligere præſcriptis verbis eſſe eadem ex empto vel vendito, vel præſcriptis verbis concurrere cum actione ex empto vel vendito. Interpretum commentarij referti ſunt huiuſmodi commentis: quibus omnibus vtinam purgata eſſet iuriſprudentia. Verum ne Hercules quidem recens hoc barathrum exhauſerit. Eſt quidem *in d. l. legem*, contractus, quia conuentio fuit de dote reddenda, cui conuentioni cauſſa ſubeſt ipſa dotis datio. Ideoque competit etiam actio præſcriptis verbis, ſi quis vti velit: ſed quia non conuenit de alia re danda, quam dari pluris interſit actoris ex cauſſa contractus, quam rem ſuam ſibi reddi; ideo non dicit eam competere, ſed tantum vtilem condictionem, id eſt naturalem; quaſi fruſtra directam ex conuentione dicturus ſit, poſtquam non agitur in aliud quam quod datum eſt. Sic *in l. penul. hoc tit.* diſtinguitur inter dationem vnius rei pro eo vt detur alia, & dationem indebiti; vt ex bipartito iure in ius gentium de contractibus, & naturale de condictione indebiti, ſoluto per diuortium matrimonio, finita quam ob cauſam data eſt dos, poſtquam etſi nihil conuenerit perinde agitur rei vxoriæ actione, ac ſi ab initio ſine cauſa dos data vel per errorem ſoluta eſſet, *l 1. ſup. de condict. ſine cauſ. l. quæ fundum, 50. inſr. de iur. dot.* quo bonum fuerit ab initio conueniſſe vt eodem caſu redderetur dos, &

G ſi con-

Digitized by Google

ſi conuenerit, vt poteſt, quo bonum directa ex ea conuentione actione agere? Aliud exemplum eſt *in l. liberto, 21. §. Luc. Tit. infr. de ann. legat. l. quod ſi nolit. 31. § in factum, inf. de edilit. edict.*

Sic dignatio non videtur in re cur agatur ex conuentione. Ex re vero non minus agi poteſt, quamuis conuenerit. Imo vbi directa ex conuentione ſuppetit, multo magis vtilis ſuppetere poteſt, non contra *l. exempto. 11. § is qui vina, in fi. inf. de act. empt.* Actioni præſcriptis verbis ineſt actio in factum vel condictio vtilis, non contra; vt agnationi cognatio, iuriſdictioni notio, petitioni officium iudicis, actioni ſtricti arbitriũ boni viri, proprietati vſusfruct. vi dolus, dolo culpa, actioni exceptio, iuri ciuili ius naturale, iuri gentium ius ciuile, ſpeciei genus, maiori minus, non contra *l. vlt. ſup. de condi. ob turp. cauſ. l. 2. ſup de condi. ſi. cauſ. l. 5. inf. de except. rei iud. l. in duobus, 28. §. exceptio, ſup. de iureiur. l 5. inf. de tutel. & rat. diſtrah.*

Ab actione igitur præſcriptis verbis condictionem vtilem etiam dare poſſumus, non contra à condictione vtili de qua agitur *in d. l. legẽ*, actionem præſcriptis verbis poſſumus: quia nõ debet cui plus licet, quod minus eſt non licere: non contra. Sed ita tamen quo caſu competit directa pręſcriptis verbis, locus eſt etiam condictioni vtili per ſe ſi directam remoueris, quia non ſimul cedunt, non ſimul competunt, *l. in cauſa, 27. in fi. ſup de procur.* Nunquid ſimul cedunt competuntve agnatio & cognatio, iuriſdictio & notio, petitio & officiũ iudicis, vis & dolus, dolus & culpa, actio & exceptio, ius ciuile & naturale, ius gentium & ciuile, ſpecies & genus, maius & minus? Quis vnquam vni eidemq; agnato vtriuſq;, agnationis ſimul & cognationis nomine per ſe hæreditatem vel bonorũ poſſeſſionem deferri in iure vidit? Ait quidem prætor, *cuius de ea re iurisd. eſt, l. 5. inf. de re iud.* Idq; qua de re idem iuris eſſet, & ſi is qui iudicaſſet, notionem tantum habuiſſet: ſed de ea formula ab Vlp. reprehenſus eſt, vt continuo ſequitur in eadem *l. 5.* & ita de cæteris. Imo quod certo certius, vbique ſpeciale derogat generali.

Quid vero derogare eſt niſi tollere, ſi non totum, ſaltem partẽ? ſi non genus, ſaltem ſpeciem? Id eſt omnino id de eo toto vel genere cui derogatur. Ibi enim proprie ſpeciale eſt. Actio igitur præſcriptis verbis dum in contractibus ſeu conuentione condictioni rei ſuę derogat, eam tollit. Ex quibus apparet qui *in d. l. legẽ*, actionem pręſcriptis verbis inducit, in eadem

eadem lege eum condictionem vtilem quam ea lex dicit, tollere non improbarem ſi lex ipſa actionem præſcriptis verbis diceret: ſed quæ lex neglecta conuentione aut actione præſcriptis verbis, quia de re ſua tantum repetenda pactum ſit, ideo condictione vtili agēdum elegerit, quaſi nihil pactum ſit aut quaſi ob cauſam datum ſit, cauſa non ſecuta; eius legis interpretandæ cauſa, qui condictionis vtilis nomine actionē præſcriptis verbis ſeu ex conuentione directam accipiat, is me hercle inſipiens & inficetus eſt. Sententia enim & interpretatione ſua tollit ſententiam & interpretationem legis. Eadem ratio eſt de concurſu. Quorum.n. alterum ab altero ipſo iure tollitur, perſpicuè ea concurrere non poſſunt. Nunq̄ igitur præſcriptis verbis actio & condictio vtilis concurrūt. Iſte concurſus æque principalium actionū proprius eſt. Inducitur enim ex eo quod æqualia æqualiter poſſunt, id eſt nihil poſſunt in ſe mutuo tollendo, *l. ſi duo, 93 §. ſed & ſi. infr de ſolut.* Pudet me quantus quandiu manet hoc loco error. Si *d.l. legem*, actionem in factum vel actionem incerti diceret, vt *l. duo, 19. infr. de prec.* is error colorem aliquem haberet. nam etiam vbi aliud pro alio reddi conuentio fuit, Iuriſconſulti actionem in factum vel incerti appellant: tantum pro interpretatione nonnunquam præſcriptis verbis vel ciuilem adiiciunt, *vt in l. 7. ſup. de pact. l. 1. l. ſi tibi rem, 13. in fin. l. tibi polienda, 22. in fin. hoc tit. d. l. duo,* nonnunquam etiam omittunt, *vt in l. ſi vir, 12. hoc tit.* quod interpretibus incertis fucum facere potuiſſet.

At quæ excuſatio eſſe poteſt, quove loco ſibi relinquūt interpretes vt certi ſint; ſiue condictionem vtilem interpretentur præſcriptis verbis, ſiue omnem præſcriptis verbis, vel omni caſu vtilē eſſe, ſiue vtilem condictionem cum actione præſcriptis verbis concurrere dicant? Id contra Iuriſconſultos directum eſt, inquam, qui in toto iure dicunt generi per ſpeciem derogari & potiſſimum haberi quod ad ſpeciem directum: deinde cum vtilem condictionem dicunt, vbi conuentio fuit ex qua præſcriptis verbis eſſe poſſit; non prius dicunt quam directam cōuentionis cauſam & actionem ex ea primam remouerint, quippe à qua condictio vtilis ſit nuda, expers & mera, quam à minima omniumq; poſtrema ob rem datione repetunt; quæ datio ab eo qui propriè contractus dicitur, toto genere differt. Siquidem omnis condictio vtilis nihil quam naturalis eſt; omnis vero præſcriptis verbis, ciuilis. In *d.l. legē,* non remouetur

recta conuentionis cauſſa, non actio præſcriptis verbis, fateor: ſed interpretum officium fuit remouere, poſtquam actio vtilis cum ſua directa conſiſtere non poteſt per ſe.

Interpretes igitur non recti, ſed directi ſunt, quibus non ſatis fuit Paulum *in l. 5. in prin. & §. 1.* & Papinianum *in l. 7. hoc tit.* & Vlpianum *in l. 2. ſup. de condict. ſin. cauſ.* eam cauſam remouere. Condictionem vtilem neceſſarium fuiſſet dicere in actione rei vxoriæ. nam dos ab ipſa vxore vel à patre eius data, non magis ex conuentione de ea reddenda quam ſine conuentione, eis ipſis reddenda eſt, *l. 6. infr. de iur. dot. Vlp. tit. 6. reg. mortua. & reg. diuortio, l. eas, 8. ſup. de cap. minut.* & ſi conuenerit de ea reddenda, id non accipitur in contractum, neq; intelligitur receſſum à naturali obligatione, *l. ſi ita ſtipulatus fuero.* 126. §. *Chryſogonus, infr. de verb. oblig.* quaſi ea conuentione ex abundanti appoſita, quæ de re ſua tantum recipienda appoſita eſt, *vt in l. quæſitum,* 12. §. *penult. infr. de inſtruct. & inſtrum. leg.* vnde efficitur actionem præſcriptis verbis ibi nullam eſſe poſſe, *l. 6. C. de iur. dot. d. l. quæ fundum,* 50. *infr. de iur. dot.*

At in dote aduentitia neceſſarium non fuit condictionem vtilem dicere. Conuentio enim aliquid facere potuit. *Vlp. d. tit. 6. reg. aduentitia.* Ergo & aliquid potuit actio præſcriptis verbis: nec mora eſt per me quin dicatur competere, *vt in d. l. 6. & § accedit, C. de rei vxor. act. facit l. ob res,* 20 §. 1. *inf. de pact. dotal.* & omnino quacunque in re danda ſi quid conuenerit, quamuis non de alia re danda vel facienda, ſed de eadem recipienda vel reſtituenda; quia contractus, ideo & actio ſit præſcriptis verbis: niſi ſi quid à naturali obligatione receſsũ eſſe nocet, vt in dote profectitia; ne actio ciuilis ſit quæ ſtatim patri ſeu iure patriæ poteſtatis acquiratur, & *in d. § Chryſo.* ne extincta ſit naturalis obligatio extraneo per extraneũ q̃ſita.

Sed tamen & ſi aliquo valeat contractum aut actionem ciuilem vel directam eſſe; non neceſſario ad eam itur, niſi ea conuentio quid ſpeciale habeat ſupra repetitionem rei ſuæ, quod ad lucri cauſſam pertineat, *d. l. actionũ,* 25. §. 1. *inf. de obl. & act.* quia ſufficit condictio vtilis vbi non proficit actio præſcriptis verbis; quæ cõdictio vtilis ex æquo & bono oritur, non ex contractu, l. hęc condictio. 66. ſup. de condi. indeb *l. 1. in fi. & l. 4. ſup. de condi. ſin. cauſ.* Iam igitur quis non tollat cachinum de Gręcis interpretib. aut quicunq; eos potius quam Accurſium ſequuntur *in l. 3. C. de donat. qua*

ſub

ſub mod. & in l. vxor marito. 55. inf. de donat. inter vir. & vxor. condictitiam actionem, præſcriptis verbis interpretantib. Alioquin & nos, ſi Diis placet, eoſdem etiam ſequamur *in l. ſi quis certum, 24. ſup. de reb. cred. l. ſi duo. 13. § idem Iulian. ſup. de iureiur. & §. is quoq; inſt. quib. mod. re cont. obl.* ſi ita interpretentur. Sed ne Græcos leuitatis accuſes, certe bene ſibi conſtant & gnauiter mendaces ſunt *in l. vlt. ſup. de condict. cauſ. dat cauſ. non ſecut.* vbi dationem ob cauſſam etiam pro permutatione accipiunt, & condictionem cauſſa data cauſſa non ſecuta, præſcriptis verbis actionem reddunt.

Qui dationem ob cauſſam permutationẽ accipiunt & reddunt, quidni etiam donationem ſub modo, vel contra? Sed ſcrio, omnis actio præſcriptis verbis incerti eſt, *vt in ſimili ſpecie, l. 3. C. de inuti. ſtip. & l. duo, 19. in fi. inf. de precar. l. legem, 9 C. de donat.* At quæ vulgo dicitur condictitia actio, ſemper certi eſt, *d. l. ſi quis certum, 24. ſup. de re. cred.* quia ſemper idem repetitur quod datum eſt vel tantũdem eiuſdem generis, quod vtrunq; certum eſt. Ad dandum transferendumve dominium quod iure gentiũ introductum eſt, obligatione iuriſgentium, id eſt ciuili opus eſt, qualis eſt præſcriptis verbis: ad reuocãdam vero dationem vel dominium & reſtituendum ſuo loco ius naturale, quove nulla vnquã fuiſſe videatur datio, nulla dominij translatio; opus non eſt. Itaq; in contractibus quoq; ipſis certis qui conſenſu perficiuntur, ſi pretium vel merces data tantum recipienda ſit, quia res alia danda ante morã perierit ſine culpa eius qui dare debuit, aut aliquid aliud; & ſi ſæpius dicatur eadem actio ciuilis certi nominis, *l. 6. §. 1. ſup. de contrah. empt. l. 5. in fi. C. de reſcin. vend. l. ſi fundus, 33. ſup. loc. l. vlt. ſup. de condi. ob turp. cauſ. d. l. 2. ſup. de condict. ſine cauſ. l. quoties, 24. §. 1. ſup. de vſuf. l. 7. ſup. de dolo. Paulus lib. ſent. 2. tit. 17. ſent. fundum*, nonnunq̃ tamen appellatur condictio, *d. l. vlt. in pri. ſup. de condi. ob turp. cauſ. d. l. 2. ſup. de condi. ſine cauſ. d. l. ex empto, 11. §. is qui vina, ſup. de act. emp* vel actio in factum, *vt in d. l. quod ſi nolit, 31. §. in factũ, inf. de ædil. edict.* Cuius vtriuſq; ſimilis certè intelligitur actio ex empto cum vocatur vtilis, *d. §. is qui vina*, ad differẽtiam directæ, quæ dicitur perpetua *in l. ſi dictum, 56. inf. de euict. & l. ſi duorũ, 42. ſup. de action. emp. l. 2. Cod. Theod. de iur. fiſc.* vel lucrum etiam continere, *vt in d. l. ſi fundus, 33. in fi. ſup. locat.* quæ propriè empti vel quæcunq; alia ex contractu directa actio eſt, *l. ſi in venditione, 60. l. emptori, 67. l. euicta, 70. inf. de euict.* neque aliter aliave ratione Iuriſconſulti condictionem pro actione depoſiti,

Digitized by Google

ſiti, commodati & pigneratitia reponunt *in l.4.§.1.ſup. de reb.credit.l.ſi quis inficiatus,13.§.1.ſup.depoſ.l.videamus,38.§.ſi poſſeſsionem, inf.de vſur. quam Impp. in d. l. legem.* In his enim omnibus æque non aliud aut plus petitur quam datum eſt, cui vtrique ſatisfacere poteſt naturalis condictio, *l. penult. hoc tit.l.7.ſup.de condict.indebit.*

In illis igitur legibus interpretes ſeipſos ſecuti haberent quod condictionis nomine ſimiliter actionem depoſiti, cõmodati & pignoratitiam intelligerent vel explicarent: qua in re cuiuſq; boni viri iudicium eſto an eorum interpretatio præponderare debeat Pauli interpretationem *in l. qui ſeruum,34.§.1.inf.de obl.& act. Si is cui rem commodauero, eam ſubripuerit, tenebitur quidem & commodati actione & condictione,* inquit, *ſed altera actio alteram perimit aut ipſo iure aut per exceptionem, quod eſt tutius.* Qua de re nos amplius ad Iuſtinianum circa finem tituli *ſi quadr. paup. feciſs.dic.*

Cæterum quod in omnibus huiuſmodi locis ciuili actioni minuendę & dationi vel translationi dominij ad non dationem vel non dominij translationem; id eſt omnino iure ciuili ad naturale redigendo dicitur; id interpretes, vt ſapiunt, contra condictioni & omnino iuri naturali vſque ad ciuile augendo & extollendo dictum accipere poſſunt, vt pręſcriptis verbis, id eſt omnem ciuilem & directam actionem inutilem faciãt. Ite nunc ſtudioſi, & vos illorum iuriſprudentia ingurgitate. A diſtinctione dominiorum quæ iure gentium facta eſt, primum profectum eſt aliquid in permutatione; vt aliud pro alio daretur. Amplius vero in his contractibus qui conſenſu perficiuntur, vt citius ex his obligatio eſſet quam ex permutatione ſimplici. Conſenſus enim omnino prior eſt rei datione vel facto. Ita tamen vt in his etiam permutatio videri poſſit. Nam in his vnde eſt vltro citroque ab initio conuentionis obligatio, omnino hinc obligatio eſt quia & illinc ſit: quod certè aliud datum pro alio reddito iam videri poteſt, quamuis res nondum planè ſecuta aut perfecta ſit. Re vero ſecuta, reuera adhuc permutationem ineſſe perſpicuum eſt. Omnino aliqua mutua ſiue datio ſiue obligatio ad contractum neceſſaria eſt, *l.3.in fi.l.ſi procuratorem, 8.§.ſi quis,ſup.mandat,l. hoc amplius,9.§.Alphenus,inf.de dam.infect.*

In quibus vero non agitur vt aliud pro alio detur, certa ratione adeo nihil dominiorum diſtinctione profectum videtur vt actione agatur ne

vnquam

vnquam quicquam datum vel tranſlatum videatur. Itaq; poſtquam rem tuam receperis, videris nunquam nõ habuiſſe, nunquam is qui reddidit, accepiſſe. & in eum finem id omne quod rei ſolutæ vel datæ interim acceſſit, in condictionem venit. Nudo iure naturali quidem non potuit condici, nondum vlla ne naturali quidem obligatione aut ſolutione, nondum vlla diſtinctione debiti aut indebiti: ſed dicitur nihilominus condictio naturalis, quia ſi nullum dominium ſi nulla obligatio eſt; ergo nec vlla cauſa dandi vel ſoluendi, nulla conſequentia dominij vel dationis eſſe debet. Et iſta cauſa eſt vt omne quod ob rem datum eſt, vndique in integrum & primum ius naturale, quo omnia omnium communia erant, nihil tuum aut meum; reſtituendum ſit, ne in mero iure naturali vllam ſcintillam vel ſtillam iuris gentium dationiſve prçteritæ relinquamus, quaſi ea ſine cauſa, ſine vllo iure facta fuerit, *Facit l. indebiti, 15. l. ſi quod, 64. ſup. de condi. indeb. l. videamus, 38. § in Fauiana, inſ. de vſur. l. quod ſi. 24. § pe. ſup. de minorib. l. 2. §. reſtituas, infr. nę quid in loc. publi. l. 5 ſup. de leg. commiß.*

Quod igitur adeo non ciuile aut directum eſt vt ei contrarium ſit idq; ſoluat; quę amentia eſt id profiteri æquale eſſe & concurrere? Accidit etiam quod certiſſimum eſt, actionem præſcriptis verbis de dote repetēda ad hæredes iure hæreditario tranſmitti; actionem rei vxoriæ non tranſmitti, quæ ſcil. nũquam iure à defuncto cœpit ante litis conteſtationem, *d. l. 6. C. de iur. dot. §. maneat, C. de rei vxor. act. Vlp. tit. 6. reg. poſt diuortium.* Illud enim non alio argumento dici poteſt quam quod illa directa ſit, hæc vero vtilis tantum, vt ducta ex poſtremo omnium æquo & bono ſeu iure naturali quod filiæf. ſeu ſuæ hæredi non iure hæreditario, ſed proprio competit, niſi poſt moram patrif. factam, *d. l. eas, 8. ſup. de cap minut. l. 1. §. Celſus, & §. ſeq. & l. 2. § 1. in fi. inſ. de dot. præleg. l. ſi poſt, 27. inſ. ſolu. matrim. l. pater filiam, 14. inſ. ad l. Falc. l. 3. § ergo, ſup. de minorib. l. in eum, 16. ſup. de relig. & ſump. fun. l ſi maritus, 46. l. fundus, 51 ſup. fami. erciſc. Vlp. d. reg. poſt diuortium, facit l. 5. §. hac autem, in fin ſup. de his qui effud. vel deiec.*

Itaq; *in d. l. 6. C. de iu. dot.* non mirum eſt ex conuentione proponi actionem pręſcriptis verbis potius quam vtilem condictionem: quia vertitur q̃ſtio de actione in hæredes tranſmittenda directo ſeu hæreditario iure. At *in d. l. legẽ*, non de actione tranſmittenda quęſtio eſt, vbi agitur ab ipſo qui dedit; Ideoq; ſufficere potuit condictio vtilis. & *in d. l his conſequenter,*

18. §.

18.§.*idem quærit. ſup. fami. erciſc.* vbi conuentio non fuit, non datio vnius rei pro altera viciſſim danda; tentat tamen Iulianus hæredes poſſe præſcriptis verbis inter ſe agere, quæſtionem de conuentione non moratus: propterea quod ius monumenti de quo ædificando agitur, non minus ſingulos hæredes in ſolidum ſequatur, quam obligatio quæ ex ipſorum conuentione cœperit.

Ex quibus perfici videtur vt omnino his duob. actio præſcriptis verbis impleatur, iure directo, quod in hæredes iure hæreditario trãſeat, ideoq; in filio vel filiaf. conſiſtere nequeat; deinde lucri cauſſa aut alia re tanquam maiori quam rei ſuæ. Aliquando hac de re interpellatus fui aduerſus meam ſententiam; quapropter ad eam ſtabiliendam iſta longius dedi: quæ ne quiſq̃ noua aut temere mihi à me conciliata dixerit. Antiqua enim ſunt & ex penitiſſima iuriſprudentia deprompta, atque huiuſmodi quæ nullos inuidiæ calumniæve morſus vnquã timeant. Interpretes potius noue ſentiunt, qui contra ſentiunt: vel ſi non noue, quid noſtra? Apud quos multo antiquiores ipſi iuris auctores & ratio ipſa antiquior ſemper futura eſt. Omnino iſtis ſpero ſatisfactum apud doctos viros omni de huius tituli actionibus curioſitati & coniecturas omnes deinceps ſummotum iri. Sed hodie omnibus iudiciis extraordinariis factis, nulla ſupereſt differentia inter actiones præſcriptis verbis, & in factum, id eſt inter directas & vtiles, *d.l.actio.47.ſupr de neg.geſt.* inter ciuiles & extra ordinem, *l.ſi quis ſepulchrum, 12.ſup. de relig. & ſumpt.fun.*

AD LEGEM I.

INitium huius legis explicauimus ſupra. Nam vulgaribus actionibus, id eſt certis, vt *in l.quidam, 46.in fi.inf.de hære.inſtit.* Videamus de exemplis. In primo non certum eſt locationem conductionem eſſe: quia dubium vter locator vel conductor. In emptione venditione, quæ loco generis eſt ad locationem conductionem, ſatis eſt diſtinguere de merce & pretio: quia merx & pretium ſatis cætera diſtinguent. Qui mercem dat, ſemper pretium accipit ſemperq; venditor eſt; qui pretium dat, ſemper mercem accipit, ſemper emptor eſt. Sed amplius eſt in hac ſpecie, vbi certum eſt dominum mercium, pretium magiſtro nauis dare, nec tamen magiſtrum nauis nauim domino mercium præcisè dare debere: cum

pretio

pretio contra actum fuerit de mercibus tantum vehendis; quod certè præter emptionem venditionem eſt.

Ex quo reliquum eſt vt videatur an ſit locatio conductio, quæ ſpecialior emptione venditione eſt, ſpecialior, inquam, per adiectionem huiuſmodi ad dationem legis. Superiora enim emptionis venditionis propria, etiam locationi conductioni conueniunt, ideoque omni locationi conductioni ineſt emptio venditio. Sed quod locationis conductionis ſpeciale & proprium eſt, id huiuſmodi conuentionis ſeu legis de mercibus vehendis adiectione conſtitui poteſt.

Rurſus de locatione conductione dubium eſt: quia quod poſtremo abſoluendæ locationi conductioni neceſſarium eſt, neſcimus vtrum de pretio conuenerit pro eo vt nauis domino mercium daretur vehendis mercibus, an vt magiſtro nauis darentur merces vehēdæ, vter vtrum dederit, is locator eſt, & locati actionem habet: alter conductor, qui conducti actionem. Id igitur ſi per actum partium non liqueat (finge eos ita turbate egiſſe) Papinianus ex Labeone ait ciuilem in factum actionem eſſe dandam, id eſt præſcriptis verbis competere: quia nullum eſt aliud à ſuperiorib⁹ exemplum certi contractus à quo hic non magis abhorreat. Hoc exemplum creperum eſt inter emptionem venditionem & locationem conductionem. In ſecundo exemplo etiam certum eſt contractum eſſe: ergo & actionem ex eo directam; ſed incerti nominis, quia nec certus eſt contractus. Poſtquam inter nos conueniſſet, rem meam tibi tanquam perito dedi, vt quanti eſſet ſpectares *Non eſt depoſitum*, inquit: nempe nō cuſtodiæ, ſed pretij explorandi cauſa datum eſt, *l.1. ſup. depoſit.* Rurſus non commodatum, quia non vtendum datum, *l.1. §. inter. ſup. commod.* Atqui nullus eſt alius contractus ad quem iſte propius accedat. multo enim minus erit mandatum, quod ſolo conſenſu perficitur, *l.1 ſup. manda.* hic ſine rei ſpectandæ traditione quid præter nudam conuentionem fuiſſet? Itaq; exitus eſt in actionem præſcriptis verbis.

AD L. NATVRALIS 5.

TRactatus ob rem dati genere atque ambitu ſuo continet materiam non ſolum actionum in factum & condictionem vtiliū, ſed etiam contractuum tum certorum tum incertorum. Ob rem datio omnium

contractuum genus eſt, & qui contrahit, vtique etiam ob rem dat; non contra qui ob rem dat, vtiq; etiam contrahit. *In quibus quæritur quæ obligatio naſcatur*, inquit, non ait quæri quis ſit contractus. verum illud eſto, omnem obligationem pro contractu habendam eſſe, l. omnem, 20. ſup. de iudic. nam & qui aliqua cauſa donat, qua parte ſeipſum cogitat, negotium gerit, &c. *vt in l. ſenatus, 35. §. 1. inf. de mort. cauſ. donat. l. Ariſto. 18. inf. de donat. l. 3. ſup. de condit. cauſ. dat.* Certè tamen contractus vbi aliud datur vel conuenitur vt aliud detur pro alio, multo ſpecialior eſt quam vbi idem vel tantum eiusdem generis redditur; vnde naſcitur tantum vtilis condictio. Ille proprie contractus eſt in quo vltro citroque datio vel factum, vel conuentio & vltro citroque obligatio ad dandum vel faciendum: vbi vero tantum condictio vtilis eſt, non tam contractus eſt quam ob rem datio, *l. penul. inf. hoc ti.* Id amplius ex conuentionibus, quæ omnino dant formam contractibus, manifeſtum erit. Hæ dicuntur iuris gentiũ, quia ex eo profectæ ſunt, inductæ ſcil. ex eo quod fruſtra aut inique iure gentium dominia diſtincta eſſent, niſi conuentiones ſimul introductæ eſſent, quibus quaq; de re permutanda inter nos agi poſſet. Quænam, rogo, permutatio ex dominiorum diſtinctione aut quorſum fieri poſſet, niſi ex animo & ſenſu cuiuſq; fieret? Cõuentione igitur nunquid opus eſt ne quiſquam cum alterius detrimento locupletior ſiat, aut quo reddatur id quod vel non ex iuſta cauſa ad aliquem peruenit vel ex iuſta, ſed quæ ad non iuſtam rediit? Imo in omni condictione naturali neceſſe eſt ne conuentio videatur fuiſſe. Nihil enim condictio naturalis quam delet faciem iuris gentium; nihil quam in integrum reſtituit opus iuris gentium, dum dationem quę iure gentium facta eſt, ad priſtinum locum & tempus quo facta non erat, redigit: ideoq; dicitur condictio naturalis quia ius gentium extinguit, & naturale, quo nulla datio, omnia omnium communia erant; quadam poſtliminij ſimilitudine reuocat, *facit l ſi quod 64. ſup de condi. ind.* Quod rurſus dico vt valde notandum, poſtquã nullus interpretum hactenus veram condictionis naturalis rationem aut eius ab actione ciuili differentiam diſcere potuit. Conuentione vero certè opus eſt vt aliud pro alio detur. Verum eſto vterq; contractus, inq̃. Nam & Iulianus *in l. ſi area, 33. ſup. de condi. ind.* ait eum qui non debitã pecuniam ſoluerit, hoc ipſo aliquid negotij geſſiſſe. modo rata ſit differentia inter

contra-

contractum & quaſi contractum; contractũ illum eſſe iuris gentium directo, manifeſto, expreſſo: hunc vero vtiliter tantũ ſeu ex interpretatione, id eſt quia videatur conueniſſe: hoc tm̃ ſit contractus quia iuri gentium non repugnet. Certe nõ alio dicitur qui pecuniã indebitam ſoluit, hoc ipſo negotij aliquid gerere videri, aut eo caſu non alio quaſi contractus: q̃ ne alioquin non ſatis virium ſit in iure naturali, vnde rationẽ habet condictio naturalis, ad recipiẽdum id quod indebitum per errorem ſolutum eſt. Niſi enim accederet hoc adiumentum à iure gentium, non magis ſolutum repeti quam nõ ſolutum exigi poſſet, *vt in d. l. ſi quod.* Porro ob rem dare, generaliter eſt dare vt aliquid ſequatur. Nam proprie res futura eſt, iſque finis ob rem dandi. Cauſa adhuc generalior eſt, quæ tam de re futura quam de pręterita intelligi poteſt, *l. vbi ita, 27. inf. de mort. cauſ. don.* Sed ad differentiam rei quæ proprie deſignatur in futurum, cauſa reſtringitur ad præteritum, id eſt ad rem certam vel vt certam, etiam ſi falſa ſit: & ſic non reuocatur datum ob cauſam rei præteritæ: ob rem vero datum re non ſecuta, reuocatur, *l. damus, 52. & l. in ſumma, 65. in prin. & §. quod ob rem, ſup. de condict. ind.* Quod ſi ſpecialiter datum ſit ob cauſam futuram ſiue ſub cauſſa, ſiue ſub cauſa futura: (non refert quomodo dicas) tunc idem eſt atque ob rem dare: ex qua datione datur in genere condictio ob rem dati ſeu condictio cauſa data cauſa non ſecuta: quæ vt à genere, manat prorſum in omnes contractus, tanquam in ſpecies ob rem dati. Omni permutationi ineſt etiam ob rem datio, nõ contra: omni emptioni venditioni ineſt etiam permutatio, non contra. Ob rẽ datio omnium prima, ſimpliciſſima & minima eſt, quæ nunquam directam actionem parit: quia nihil ex parte accipientis vltro conuenit dari vel fieri. Ex permutatione igitur (de qua ſequitur vt agamus) agere potes quidem ad id quod tua intereſt te accepiſſe ꝙ conuenit: ſed potes etiam condictione vtili ſiue tua non interſit id accipere ꝙ alterum viciſſim conuenit daturum, ſiue malis id recipere ꝙ dediſti. Quod Paulus perſpicue hic demonſtrat. Sed quæſtio eſt quantum diſtent permutatio & contractus certi, quæſtio quouſq; permutationem aut contractum incertũ non perfectũ eſſe dicendum ſit: quo tẽpore nondum directa ſeu pſcriptis verbis actione agi poſſit, ſed tm̃ condictione vtili? Eadem quæſtio continet deciſionem ſeu definitionẽ de periculo & cõmodo rei permutatæ, nam ꝙ Paul.

in l. neceſſario, §. inf. de peric. & comm. rei vend. de empt. & venditione ait, id ex regula omnium contractuum generali & perpetua ait. Quantũ ad ob rem dationem, nunquam de ea perficitur contractus, nunq̃ vltro citroq; obligatio eſt, nunquam vltra quam de re ſua recipienda. Itaq; nunquã periculum aut commodum transfertur ante traditionem vltro citroque factam: imo nec dũ transfertur niſi res vltro citroq; tradita eius fuerit qui dedit; & tunc etiam ita demum ſi de euictione promiſſum ſit, *l vlt. ſup. de condi. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Permutationem vero Paulus *in l. 1. ſup. tit. prox.* ait ex re tradita initiũ obligationi præbere, id eſt quod ſpecialius, maius & citius in permutatione eſt quam in ob rem datione, etiam vni qui dare præuerterit poſſe directe agere vt viciſſim detur quod conuenit. Sed nunquid nõ eo vult perfectam eſſe permutationem, vel non ſibi videtur conſtare cum poſtea ex Pedio ait *alienam rem dãtem, nullam contrahere permutatione*, cum & emptio venditio de re aliena eſſe poſſit, cui emptioni venditioni permutationem ineſſe dicimus; & ſuperius dixerit in permutatione, *ſi vtrunq;* pretiũ eſt, vtriuſq; rem fieri oportere; ſi merx, neutrius? Satis vero aperte in fine videtur velle de re aliena tradita nõ perfecta eſſe permutationem, cum ait, *Si alter rem nolit tradere, non in hoc agendũ ab eo qui tradidit, vt quod ſua intereſt illam rem accepiſſe de qua cõuenit, conſequatur, ſed vt res ei reddatur, condictioni locum eſſe, quaſi re non ſecuta.* non enim ait, ſi non ſua interſit, aut ſi ſuum recipere malit, vt ait in hac l. 5. multis locis. nos, inquam, facile ſeruare poſſumus ne Paulus ſibi ipſe diſcrepare videatur. Hæc verba, *do vt accipiam*, in contractib. bonæ fidei ſimpliciter accipienda ſunt; ne de dominio quicq̃ ſignificent aut requirant, quamuis ad dominium tradi intelligatur, & ex ea traditione dominium ſequatur, ſi dominus fuerit qui tradidit. nam facti tantũ quæſtio eſt an dominus fuerit qui tradidit dominium ve tranſtulerit. Sed an alterius res fieri debeat, id ab eo ipſo ſumendũ eſt qui cauſam ex eo facit cur res eius fieri debeat, ꝙ ipſe prius rẽ alterius fecerit. Itaq; & ſi neutrius merx fuerit, nihilominus erit permutatio atq; obligatio ex traditione vnius, ad cogẽdum alterum vt tradat: quia vacuæ poſſeſſionis cauſa vtrinq; par eſt. Sed ſi vnius facta fuerit, non etiã alterius; permutatio ab eo perfici non poteſt, cuius merx q̃ conuenit vt daret, nõ eſt. Paulus omnino vult vel neutrius vel vtriuſq; mercem fieri debere, vt par vtrinq; ſubſit cauſa ꝑmutationis. Nec mutat

quod

quod diuerſum ſit in emptione, locatione, conductione; qui contractus omnino de re aliena perinde vt propria eſſe poſſunt. Sumuntur.n.ex nudo conſenſu qui vtrinq; par certe eſt, emptoris & venditoris ſcil. in idem placitum. Nihil tam perpetuum eſt in contractib. quam æquitas & velamentum vtrinq; par, quod de conſenſu vtrinq; pari, quando eo perficit obligatio, eſſe poteſt, de re hinc ſua, illinc aliena, quando rei demum traditione perficitur, non poteſt. Quæ ratio apud Paul.*d.l.1.ſup.tit.prox.* notanda eſt, cum ex Pedio concludit, ideo alienam rem dantem, nullā contrahere permutationem; quia permutatio initium obligationi pbeat ex re tradita. Nam ex eo ſequitur qualis eſt traditio de vno, talem obligationem eſſe de altero. Item non mutat q̃ in emptione venditione pretiū venditoris fieri neceſſe ſit, quāuis idem non ſit de merce. Id n. proprium eſt numeratæ pecuniæ; nec magis in emptione venditione q̃ in permutatione: alias nihil agitur; quia ſine mutuo, id eſt mutatione & dominij translatione pecunia numerata vſui nō eſt, q̃ vix vllum vſum habet quo non conſumatur, *l.2.§.appellata, & §.in mutui.ſup.de reb.cred.l.2.l.3.§.1.& vlt. ſup.de vſuf.ear.rer.quæ vſ.conſum.§.conſtituitur.inſ.de vſuf.* Non eo minus igi͠t ſatis eſt venditori vacuam poſſeſſionem tradere, quia certe tantum eſt in vacua poſſeſſione mercis, quantū in dominio pecuniæ numeratæ; poſt q̃ idem mercis vſus eſt ex poſſeſſione, atq; pecuniæ ex dominio, *l.1.ibi. eaq. materia, ſup.de contra.emp.* Poſſeſſio eſt tantum vſus rei, non etiam res ipſa, *l q.115.inf.de verb ſign.* Feſtus. poſſeſſio. Pecuniæ vero vſus & dominium idem eſt, quia vſu ea conſumitur: ideoq; numi ponuntur in rebus incorporalib. *l qui heredis, 46.ſup.de condict.in d l.ſi is cui numos, 94.inf.de ſolu.* Denique ſi dationē dationi opponas, neutrius rem fieri neceſſe eſt; quia datio ſimplex dationi ſimplici æqualis atq; idonea eſt: ſed ſi ſpecialius proponas priorem ſine dominio fuiſſe, iam inferre potes eam ſequenti quæ cum dominio futura eſt, imparē nec idoneam eſſe. Quid quod ne in emptione quidem venditione, ex traditione mercis, dominium in emptorem tranſeat, etiam ſi ea ſit cauſa transferendo dominio idonea; niſi pretium viciſſim ſolutum ſit vel ſatisfactum vel fides habita? Idem ergo dicerem de pretio ante mercis traditionem ſoluto. Æquitas enim omnino dirigit quemcunq; contractum eiq; modum iuris imponit ex ſymmetria omnium cauſarum vtrinque concurrentium; ne quicquam rectum

Google

ſit non etiam æquum & bonum. Cuiuſmodi cauſæ in nuda ob rem datione non vtrinque interueniunt, ſed ex vna tantum ob rem dantis parte. Itaque vt ex ſtipulatione & legato dominium omnino transferendum eſt, *l. vbi autem. 75. in fin. inf. de verb. oblig. l. huiuſmodi.* 84. §. *qui ſeruum. inf. de legat.* 1. quia obligatio quæ vna eſt & vna tantum ex parte, ex ea tantum parte abſoluta eſſe poteſt, eique ex altera quæ non eſt, modus dari non poteſt; ſic etiam ex datione ob rem, ſi pecuniam vel aliud quid dedi vt mihi Stichum dares; donec dominium Stichi meum meque de eo ſecurum feceris, poſſum repetere, etiam ſi quid alienum dederim: quia nec debeo meum dediſſe aut dominium vel ne poſſeſſionem quidem meam transtuliſſe, poſtquam nec das nec teneris dare, *dict. l. vlt. ſup. de condict. cauſſ. dat. l indebiti.* 15. §. 1. *ſup. de condict. indeb. l. eleganter.* 24. §. *ſup. de pignerat. act.* Expendamus nunc ſingula huius loci. *Et ſiquidem pecuniam dem,* inquit Paul. *vt rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem eſſe, dubium non eſt naſci ciuilem obligationem,* &c. Interpretes contra afferunt *d. l. vlt. ſup. de condict. cauſ. dat cauſ. non ſec.* vbi data pecunia vt Stichus detur, Celſus ait ſe in id procliuiorē eſſe vt nulla alia ſit obligatio quā ob rem dati re non ſecuta, male feriati dicunt ibi permutationem non eſſe, quia à pecunia data ſit: quaſi vero natura permutationis à pecunia numerata abhorreat, quæ & de pretio vtrinq; eſſe poteſt, *d. l.* 1. *ſup. ti prox.* nonnunquam, vt variabiles ſunt, etiam fatentur permutationem eſſe: ſed ne laborandum illis ſit in ea quæſtione, poſtquam hinc pretium, illinc merx eſt; cur emptio venditio non eſt? dicunt pecuniam non datam eſſe certa quantitate; ſed certo corpore, certo aceruo: quod perinde eſt ac ſi quælibet ſpecies data eſſet. Sic diuini exiſtunt. Id enim diuinant. Conuentio in illa ſpecie, inquam, non præceſſit, quod omnium cōtractuum initium eſt. Poteſt quidem hæc videri conuentio aliqua quod non ſolum qui vltro dat, vult dare; ſed etiam qui accipit, vult accipere, nō enim accipit inuitus: ſed hæc conuentio non eſt de viciſſim dando vel faciendo. Itaque ſi negotium geritur, geritur tantum ex parte dantis. *l. ſenatus.* 35. §. 1. *inf. de mort. cauſ. donat. Qui mortis cauſa donat, qua parte ſe cogitat, negotium gerit,* inquit Paul. *ſcilicet vt cum conualuerit donator, reddatur ſibi, nec dubitauerunt Caſſiani quin condictione repeti poßit, quaſi re non ſecuta,* &c. Cæterum non vltro citroque obligatio eſt, non negotium ciuile, ſed

natura-

naturale tantum. Quamobrem in nuda ob rem datione vel donatione ſub modo, inſpicitur demū tempus rei ſecutæ, *l. in mortis. 23. l. non videtur. 32. inf. de mort. cauſ. donat l. 9. §. 1. inf. de iur. dot.* in contractibus vero ſemper initium, quod à conuentione eſt. Quod ſi proponeretur tractatus prius habitus aut ſeorſum à pecuniæ numeratione me tecum conueniſſe de re & pretio, adeo permutatio eſſet vt ad emptionem vēditionem vſque perueniret. In dubio igitur videtur Celſo ſequendum id quod minimum eſt: *l. 9. l. ſemper. 34. in fin. inf. de diuerſ. reg. iur.* id eſt ita demum datam à me intelligi pecuniam, cum Stichus mihi datus fuerit. Id vero hoc loco non dubium eſt, vbi initio propoſitum eſt conueniſſe inter nos vt & tu meum filium qui tibi ſeruiret, manumitteres, & egò tuum qui mihi; mox me tuum manumiſiſſe, te vero nolle meum manumittere: à quo initio propoſitum ſeruandum eſt per totum quem ea occaſione aggreditur, ob rem dati tractatum; ne graue ſit toties idem repetere. *l. Titia. 134. §. 1. inf. de verb. oblig. l. 6. §. ſi initium. ſup. de edend. §. ex hoc tamen, inſtit. de leg. Aquil. ſequitur: In qua actione id veniet non vt reddas quod acceperis, ſed vt damneris mihi quanti mea intereſt illud de quo conuenit, accipere; vel ſi meum recipere velim, repetatur quod datum eſt; quaſi ob rem datum re non ſecuta.* In præſcriptis verbis, id eſt omni directa actione ex contractu, hoc amplius eſt ex cauſa conuentionis vnde directa eſt quam in condictione vtili, quod in illa venit id de quo accipiendo conuenit; quod fere aliud eſt ab eo quod datum eſt, quia plerunque lucri noſtri cauſa contrahimus, quale nullū eſſe nobis poteſt de eo quod ipſi dederimus. Quæ lucri ratio quemadmodum præuertitur ei qui ſpecialiter egit vt ſibi aliud daretur quam quod daret, ſic etiam ipſum à rei ſuæ repetitione excludit. *l. ſi ſine. 22. infra rem rat. haber.* Illa iuris ratio perpetua eſt qua in eodem ſubiecto minus cedit maiori, vt genus ſpeciei; eadem qua ſiue fideiuſſor debitori ſiue debitor fideiuſſori ſuccedat, principalis obligatio alteram extinguit *l. ſi reus. 13. inf. de duobus reis. l. 5. l. cū reus. 14. l. heres. 21 infr de fideiuſſ. l. ſi duo. 93. §. ſed & ſi. inf. de ſolut. l. 3 infr. de ſeparation.* vnde apparet interpretem niti in vetitum nefas dum contendit condictionē vtilē & actionē pręſcriptis verbis cōcurrere poſſe. Id enim perinde eſt ac ſi principalem obligationem & fideiuſſoriam in debitore fideiuſſoris vel fideiuſſore debitoris herede concurrere diceret. Id Paulus hoc loco impenſius demonſtrat cum ait, *non vt reddas quod acceperis* quaſi

non ſatis ſibi fuerit ſic diſiunctim dicere, *vt damneris mihi quanti mea intereſt illud de quo conuenit accipere, vel ſi meum recipere velim, &c.* Papinian. quoque *in l.9.inf. iudicis officio non vetus obligatio reſtaurabitur, ſed promiſſa præſtabitur,* inquit, ne ſcil. vt alias ſępe in iure, diſiuncta pro coniunctis accipiantur, *l. ſæpe, 53. inf. de verb. ſignif.* Sed & ſine tam enixa Pauli & Papiniani his locis opera, ratio apertiſſima eſt quod videat à naturali obligatione recedere & repetitioni rei meæ renunciare, cum de alio dando ſpecialiter ago. Id enim non poſſum non animo nouandi vel derogandi videri facere; niſi forte contra accipiendum ſit actum eſſe vt vtrunq; mihi deberetur, & meum quod dedi & aliud. Id vero iniquum, graue & malignum fuerit, *l. ex empto, 11. §. vlt. ſup. de act. empt.* Quod ſi non aliud in conuentionem vel ſtipulationem deductum ſit quam in naturali obligatione eſt, alio pręterea argumento opus eſt quo nouatio videatur facta, *l. ſi ſtipulatus fuero, 126. §. Chryſog. inf. de verb. obl. l. 1 illud, l. 5. §. quod ſi. inf. de ſeparat.* hoc vero loco conſtat de eo conueniſſe vt aliud detur pro alio accipiendo. Sequitur hic, *Sed ſi ſcyphos tibi dedi vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu culpam duntaxat præſtare debes.* Id eſt ſi Stichus mortuus fuerit fortuito caſu, tu liberaris; ſi culpa tua, nihilominus agere poſſum præſcriptis verbis ad id quanti mea intereſt me Stychum de quo cōuenit, habere: nempe vt Iulianus de emptione venditione ait in *l. 5. §. 1. ſup. de reſcin. vend.* perinde habenda eſt permutatio ac ſi traditus fuiſſet Stichus; vt pote cum tu libereris, niſi tua culpa perierit. Et Paul *in l. ſi in emptione, 34. §. penul. Sed & ſi pariter deceſſerunt,* inquit, *pretium debebitur. Vnus enim vtiq; periculo emptoris vixit.* Culpam vero præſtare debes, quia vtriuſq; noſtrum vtilitas in permutatione vertitur, *l. 5. §. nunc videndum, ſup. commod. l. 2. ſup. tit. prox. l. vlt. inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi gratuitam, 17. §. Papinian. inf. hoc tit.* Et hoc ſibi vult, ſi Stichus tua culpa deceſſerit, pro viuo habendum eſſe; vt præſtes ea omnia quæ pręſtares ſi viueret, *vt in l. quod ſi nolit. 31. §. ſi mancipium, inf. de ædil. edict.* id eſt hoc loco id quod mea intereſt me ſeruum habere hæc dicuntur ad differentiam nudæ ob rem dationis. nam ſi ob rem tātum dederim, id eſt non prius conuento inter nos, cæterum eoſdem ſcyphos, vt mihi eundem Stichum dares; periculo meo Stichus non erit: & quandiu eum non dederis meumve feceris deq; euictione caueris vel ſi vllo modo perierit, ſcyphos repetere poſſum, *l. vlt. ſup. de cond. cauſ. dat. 1.* quia vtiq; non

non dediſti id quam ob rem tibi dedi. Ex nuda ob rem datione nũquam obligatur qui accepit, id dare quamobrem ei datum eſt: tantummodo viciſſim datum repetere non poteſt. Qui prius dedit igitur, is obligationem ad viciſſim dandum non acquiſiuit: qui vero obligationem qua de re non acquiſiuit, quonam modo is dominij cauſam ea de re habere poteſt? quæ cauſa circa periculum & commodum eius rei verſatur. Permutatio autem huiuſmodi obligationem præbet ex re ab vno tradita. Itaq; in eum qui fidem contractus prius impleuit, ſtatim transfertur dominij cauſa eius rei quam conuenit vt acciperet. Cauſa vero dominij vt commodum ſic periculum rei ex fortuito caſu reſpicit, quia nemo tenetur præſtare domino fortuitos caſus; & quiſque debitor liberatur ſi id quod debet, perierit antequam per eum ſteterit quo minus daret, *l. ſi ex legati cauſa, 23. l. ſi ſeruum, 91. inf. de verb obl. l. ſi rem alienum, 92. inf. de ſolut.* Quo tamen non minus verum eſt quod diximus ob rem dationem permutationi ineſſe. Nam cum hoc dicimus, hoc tantum volumus qui permutationem traditione ab vno facta ſeu dominio eius rei quam tradidit tranſlato, perfectam dicit; eum multo magis perfectam dicturum eſſe eo caſu quo demum ob rem datio perficitur, id eſt traditione vltro citroque facta; dominio tranſlato multo magis cauſam dominij ſeu periculum & commodum accipientis factum videri, quam obligatione tantum ſeu cauſa dominij quæſita: qui ex permutatione præſcriptis verbis agit de eo ꝙ dari vel fieri conuenit, vel in id ꝙ ſua intereſt id ſibi datum vel factum eſſe; eum multo magis agere videri de eo quod dedit vel in id quod ſua intereſt ſe non dediſſe vel feciſſe. Agit enim de maiori, cui ineſt minus; agit de lucro cui ineſt indemnitas. Profecto qui de lucro agit, multo magis cauet ne damnum patiatur. In nuda ob rem datione ratio naturalis nuda eſt, ideoque ſerius perficitur nuda ob rem datio; nuda re ſcil. nuda traditione: aut ſi traditio non nuda eſt, (ne forte ideo minus dicendum ſit dominium transferri; traditionis cauſa vltro citroque non præceſſit traditionem; denique conuentio non præceſſit. hic vero ciuilis cauſa eſt, ex conuentione quæ præceſſit: qua tamen non perficitur: qua in re differt ab emptione venditione. Perficitur enim demum traditione, nec vero ita præciſe; ſed quatenus traditio ſecuta eſt: imo nec ita plane perficitur ex parte eius qui prius dedit, vt non reſilire poſſit. Is enim non

tantum petere poteſt id de quo conuenit, ſed etiam pœnitere antequam alter dederit; & directa ex contractu actione omiſſa, condictione vtili rem quam dedit, repetere: quaſi nihil nominatim actum ſit. Quod nec emptor nec venditor poteſt, quamuis prius dederit nec fidem alteri habuerit: ſed omnino aut vendicare aut ex empto vel vendito agere poteſt, *l. quod vendidi, 19. ſup. de contrah. emp. l. 5. §. ſed ſi dedi, ſup. de tribut. act.* Ideoque Iulianus *in d. l. 5. §. vlt. ſup. de reſcind. vend.* ait actiones ex empto & vendito manſuras. Sed Vlpianus ad moderationem illius directæ cauſæ quam ſecutus eſt Iulianus *in d. l. 5.* in emptione venditione, ſi tantum res data recipienda ſit, etiam condici poſſe vult: *quia iam ſine cauſa apud venditorem eſt annulus,* inquit, *in l. ex empto, 11. §. is qui vina, ſup. de act. empt.* Et Marcianus *in l. rerum, 25. infr. de act. rer. amot. Iure gentium* (id eſt in omnibus contractibus, etiam quibus conuenerit de alio dando pro alio) *puto condici poſſe res ab iis qui non ex iuſta cauſa poßident*, inquit. Quod tamen contrarium non eſt. Nam & Iulianus quo caſu in emptione venditione res ſua repetatur, fatetur vtilem eſſe ex empto actionem ad diſtrahendam emptionem, *d. § Is qui vina.* Hoc tantum intereſſe videri poteſt quod condictio vtilis contractum ſeu conuentionem pro obliterato habet, actio vero ex empto vtilis dat operam vt diſtrahatur & obliteretur. Cæterum vtraque æque non concurrit cum directa actione ex empto vẽdito, ſed ei ſuccedit tantum. Quid igitur? licet ne emptorem aut venditorem pœnitere? non licet quidem aperte, inquam: ſed ſi res vendita perierit ſine dolo, culpa aut mora venditoris, ideoque nullus emptorem maneat effectus directæ ex empto actionis de eo quod ſua interſit rem quã emit, habere, aut ſi quo alio caſu æquum ſit rem ſuam recipere: perinde ac ſi pœnitere liceret, dari poteſt condictio cauſa data cauſa nõ ſecuta vel finita: quia ratio iuris quæ cauſam condictionis propter directam actionem, quæ maior fuit, excluſit; nõ debet damno afficere emptorem aut venditorem, qui nihil aliud quam ſibi diligenter proſpicere voluerat, *d. l. 3. inf. de ſeparation.* Et ſi contractus bonæ fidei hanc conuentionem nón patitur vt emptor rem amitteret & pretium venditor retineret (quod ait Vlp. *in d. l. ex empto, 11. §. vlt. ſup. de act. emp.*) multo minus idem patitur ſine conuentione. *Facit l. 9. ſup. de in lit. iur. l. falſa, 33. §. 1. inf. de cond. & dem.* Recta quidem ratione qua emptio venditio nuda conuentione perficitur, dicitur periculũ & com-

modum

modum ſtatim ab initio emptionis venditionis in emptorem transferri, propter cauſam dominij quæ ſtatim transfertur, *dict. l. neceſſario, ſupr. de peric. & commo rei vend. l. is qui, 11. §. ſi poſteaquam, in fin. cum ſequ. infra quod vi aut clam, l. 4. §. ſed & Marcellus ſup. de in diem addict. l. à diu. Pio. 15. §. ſi poſt inf. de re iudic. l. ſi in emptione, 34 § penult. ſup. de contr. empt. l quod ſi, 15. infra de iud. dot.* & ex eadem ratione ſequitur ne vnquam reuocari debeat, id eſt ne vnquam locus ſit ob rem dationi per ſe aut condictioni vtili, quamuis fortuito caſu res vendita apud venditorem perierit: contra tamen ex æquo & bono tandē admiſſum eſt. Quam ob cauſam emptio venditio dicitur facti magis quam iuris *in l. 7. in fi. inf. de cur. furioſ.* & portio emptionis venditionis *in l. vlt. ſup. de condi. cau. dat.* ſi pretium tantum numeratum ſit, non etiam Stichus viciſſim datus, id eſt non plena emptio, ſed ex parte tantum vnius, vt plenum compromiſſum & de vnius tantum controuerſiis *in l. Pomp. 13. § 1. ſup. de recep. arbit. in l. ſi ſoluturus, 39. in fi. inf. de ſolu.* emptio perfecta, eo quod vtrinq; pretium numeratū & merx tradita, *& in d. l. ex empto, 11. § is qui vina ſup de act emp.* annulo dato arræ nomine, ſequi emptio pretiumq; numerari & res tradi, *contra l. quod ſæpe, 35. ſup de cont. emp.* ſi emptio dicatur ſtatim perfecta vt de re & pretio conuenerit, *& in l. domum, 57. ſup de contr. emp. l. Titius, 8. ſup. de reſc. vend. emptionem perficere,* id eſt pretium numerare. Sic *ſi ante aditam hereditatem occidatur legatus ſeruus, apud heredem remanet Aquiliæ actio per hereditatem acquiſita:* ait Vlp. *in l. huic Script. 15. ſup. ad leg. Aqui. quod ſi vulneratus ſit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remanſit, ſed cedere ea legatario heredem oportet.* Emptio venditio quidem nuda conuentione perfecta eſt, ſed per interpretationem tantum, & qua ius cedit pro re ipſa, ſeu quod qui qua de re actionem habet, is eam rem iam habere videatur. Reapſe vero certe nōdum perfecta eſt; niſi forte falſo dicitur minus eſſe actionem habere, quam rem. Non vt translato dominio, ꝙ fit demum per traditionem rei, continuo ēt transfertur cauſa dominij; ita cauſa dominij translata, quæ transfertur ſtatim à conuentione emptionis venditionis, continuo etiam transfertur dominium. Cauſa domini non eſt etiam dominiū, ſed ineſt tantum dominio: dominium vero nō ineſt ſuæ cauſæ, ſed per ſe ipſum. Cauſa dominij eſt interpretatio dominij; dominium vero res ipſa aperte *l. 2. §. perueniſſe ſup. de hered. vel act. vend.* Forte contra dices, ergo ne cauſa eſſe poteſt ſine

 effectu,

effectu, emptio venditio ſine traditione mercis & numeratione pretij ex cauſa emptionis venditionis? Certe nec cauſa vnquam fuit, niſi effectus ſecutus fuerit; nec dicimus vnquam emptionem venditionem videri fuiſſe, niſi tandem aliquando tradita fuerit merx vel, quod pro eo cedat, id quod emptoris intereſt traditam eſſe vel habere licere, pretiumq; numeratum vel omnino vltro citroq; ſatisfactum: ſed dicimus facilius eſſe cauſam nudam nec dum effectu ſuo potitam reuocare, vt quid minus; quam effectum quoque, vt quid maius *l. 1. §. vlt. l. ſicut re. 8. §. ſi voluntate, inf. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolui.* emptionem venditionem ante traditionem mercis & numerationē pretij, cauſam eſſe ſine effectu; traditionem vero mercis & numerationem pretij, effectum eſſe non ſine cauſa, quæ vtiq; præceſſit: Itaque facilius eſſe reuocare vel imperfectam dicere emptionem venditionem nondum ſecuta rei traditione & pretij numeratione, quam poſt traditionem & numerationem vel omnino ſatisfactionem: facilius, inquam, non ſolum conuentione, quod vulgo notum eſt; ſed etiam noſtra interpretatione, quæ propria eſt de his quæ expreſſa non ſunt, ſed inſunt tantum ex æquo & bono, quia æquitas idem poteſt atq; conuentio, *l. ab emptione,* 58. *ſup. de pact. l. Stichum,* 95. *§. naturalis, infr. de ſolut. l. ſi ſeruus,* 57. *inf. de ædil. edict.* Certe ita res eſt, re ante traditionem pereunte; perinde ac ſi nulla vnquā emptio venditio fuiſſet, vel non agi vel rem ſuam tantum repeti dicimus: quia non poteſt emptori ſimul cauſa dominij rei emptæ, ſimul condictio pretij, id eſt cauſa directa & vtilis conſtare. Cuiuſmodi cauſas, poſtquam oſtendi, facile eſt diſcernere *in §. cum autem, de empt. & vend apud Iuſtin. & in l. quod ſi. 14. ſup. de peric. & commo. rei vendit. l. vlt. C. eod. tit.* nam dij boni vt ab interpretibus hoc loco violatur & laceratur hactenus Iuriſprudentia. Quod ſi id de reſciſſione in emptione venditione, vbi pœnitentia non ita licita eſt, admittitur tamen; multomagis & in permutatione, vbi eum qui prius dedit, pœnitere licet, admittendum erit de Scyphis quos tibi dedi vt Stich. mihi dares, Sticho forte antequam dares, ſine vlla tua culpa mortuo. Nam quod Paul. hoc loco de Sticho tātum loquitur, id proprie ad directā permutationis cauſam pertinet. Deinceps notandum eſt hanc inter emptionem venditionem & permutationem differentiam, quod emptionem venditionem non ita integrum ſit reſcindere niſi res vēdita ſine culpa venditoris tota perierit:

perierit: permutationem vero vſq; integrum ſit donec res vltro citroq; tradita fuerit. In emptione vẽditione propter cauſam dominij vltro citroq; ab ipſa conuentione ortã, reciprocæ ſunt actiones, venditori venditi, qua cogat emptorem emptionem perficere, id eſt pretium ſoluere, quamuis res vendita quam offert, deminuta vel deterior facta ſit; emptori vero empti, qua venditorem venditionem perficere & rem tradere quamuis meliorem factam: at in permutatione dominij cauſa & periculum vel commodum ſine dominio, per actionẽ præſcriptis verbis in poteſtate eſt eius vnius qui dedit, vt ſi Stichus melior vel pretioſior factus ſit vel hęreditatẽ iuſſu domini adeundo acquiſierit; poſſit is qui Scyphos dedit, agere vt ſibi detur cum iſto commodo, vel quanti ſua intereſt datum eſſe; ſi deterior, non is qui Scyphos accepit, eum cogere qui dedit vt Stichum accipiat; ſed cogi potius vt Scyphos reddat, quaſi directa permutationis cauſa ex parte dantis tantum perfecta ſit. Et ita res ipſa poſtulare videtur, quemadmodum inter emptorem & venditorem voluntas eorum, vnde naſcitur obligatio, vtrinq; par eſt: ita vtrinq; parem eſſe obligationem: in permutatione vero quæ traditione demum perficitur, ex parte eius tantum qui tradidit, obligationem eſſe. Sed in permutatione ſupereſt adhuc ſcrupulus. Pone vltro citroque datum eſſe: nunquid hoc ſatis cumulate eſt perficiundæ permutationi? Id videtur, inquã. Sed quid eo fiet quod Paul. *in l.1.ſup.tit.prox.* ait, ſi ea res quam acceperim vel dederim, poſtea euincatur: id factum dandam actionem reſpõderi? nam certum eſt in factum vtilem intelligere, idque à Iuliano reſponderi, *vt in hac lege, §.ſequ.in fi.* vbi dicemus, & *in l.7.ſup.de pact.* nec videtur ad eam rationem confugiendum, quod poſſeſſione per euictionem auocata, poſſeſſio non intelligatur tradita, *l.3.ſup.de acti.empt. l.non videtur, 22.inf.de acquir.poſſ.facit l.filius ſ.14.inf.de except.* quia & ſi verum eſſet eius rei quæ tradita & euicta eſt, poſſeſſionem nunquam traditam eſſe: is tamen qui tradidit quod non euictum eſt, ciuilem actionem præſcriptis verbis haberet, quia ipſe tradidiſſet. Aliis igitur contra viſum eſt, quorum ſententiam magis probat Vlp. *in dict.l.7.* non recurrendum eſſe ad vtilem in factum actionem: cum ciuilis incerti, id eſt præſcriptis verbis poſſit ſufficere: eſſe enim contractum, &c. His ſatis firma conſtat rãtio hanc obligationem vel ciuilem aut directam non eſſe, vel ſi cui ſemel ex rei tradi-

tione competierit, nulla rei ſeu quam dederit ſeu quam acceperit, euictione ei extingui poſſe *l.euicta.16.§.ſi ſeruus. l. habere 57. inf. de euictio.* Paulus vero hoc loco agnoſcit ciuilem eſſe & competere ex rei traditione:& vero ſi non competeret,& quando igitur reſponderi poſſet ita perfectā permutationem vt ciuilem aut perpetuam actionem pareret? Si vtrique res quam accepiſſet, euicta eſſet, minus alienum eſſet vtrinque ab obligatione recedi, pari vtrinque recedendi cauſa: idque verum puto, quāuis in emptione venditione, locatione,conductione cæteriſque ſimilibus qui conſenſu perficiuntur, vltra conuentione opus ſit.*l.ab emptione. 57. ſup.de pact.*

Hoc enim ideo quia conuentione vltro citroque perficiuntur: quæ ſemel perfecti contrario demum conſenſu ſoluendi ſunt. At permutatio traditione demum vltro citroque facta, vltro citroque perficitur; quæ traditio non vltra videtur facta quam quatenus maneat. Si vero vni tantum euicta ſit res quam acceperit, quam vero tradiderit, ea non ſit euicta; miror nec poſſum inueſtigando reperire cur Iulianus vel Paulus velit ei dandam à prætore in factum actionem, quaſi directa deſit. Nam quod ita ait *in dict.l.1.ſup.tit.prox.* *Nec ratio patitur vt vna eademque res & veneat & pretium ſit emptionis. Vnde ſi ea res quam acceperim vel dederim* &c.Id ei rei non facit ſatis. Actio enim præſcriptis verbis ſi non habet diuerſa ſingularum partium nomina, vt habet actio empti venditi,locati conducti; (quod vnum eo loco præ ſe ferre videtur Paulus) non tamen eo minus alteri accipienti re euicta, ſuo genere atq; ambitu facere poteſt ſatis. Neſcio cui arridere poſſit, ſed mihi non leuis videtur ratio quam ex eo induco quod qui ex cauſa permutationis prius dedit,quamuis alter non dederit,non tantum præſcriptis verbis agere ſed etiam pœnitere & condicere poſſit,quaſi ob rem datum re non ſecuta: Nam ſi per condictionem ei qui dederit,licet contractum permutationis irritum facere;quidni etiam alteri cui euictum fuerit id quod acceperit?*Namque iniquum eſt non eſſe mihi cum illo actionem ſi nolit; illi vero ſi velit mecum eſſe*,ait idem Paul.*in l.3.ſup.mandat.* Non leuis eſt iſta ratio,inquam,quia contractus omnino vltro citroque obligatio eſt eadem,pari,imo communi ex cauſa, quæ vltro citroq; ſimul procedere debeat:adeo vt omnis contractus vel ex conſenſu iam vel non ante mutuam vtriuſque traditionē

præ-

præficiatur. Sed ei rationi rurſus obiici poteſt, ſi permutatio traditione demum vltro citroque facta perficitur; cur ex traditione vnius, datur ei aduerſus alterum actio præſcriptis verbis? Quonam modo actio directa ex contractu imperfecto dari poteſt? Sed meum non eſt in Iulianum vel Paulum vltra inquirere, quorum veſtigia vbique potius humilem venerari & colere eſt. Hoc loco igitur tantum magis Vlpianum ſequor; cum & Paulus magis ſe ea Iuliani ſententia, quam eam ſententiam tueatur.

Deniq; ſatis ſit hoc loco impetratum habere quod magis certum eſt, obligationem ob rem dati totam communem eſſe permutationis, emtionis venditionis: quarũ contra nihil ſit in obligatione ob rem dati, ex qua tãtum repeti poteſt quod ob eam cauſam datum eſt quæ ſecuta non eſt; ſine vlla quæſtione de periculo vel commodo cuius rei accipiendæ cauſa res data eſt, antequam accepta ſit. Et ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum id quod ideo tibi dedi vt mihi Stichum dares: quia tantum ſub condicione vel modo datum eſt, quod omnino facti eſt. Cæterum hoc loco Paulum cum ait Stichum periculo meo fore directam tantum permutationis cauſam ſequi.

Ad §. at cum do.

OMni locationi conductioni ineſt quoq; emptio venditio, vt ſupra diximus? & quæ opera perfecta emi & vendi poſſunt, de his faciendis demum locatio conductio eſſe poteſt. Debet enim ex locatione operis faciendi conſtare opus perfectum vt corpus aliquod quod vendi poſſit, quaſi videatur vendi & pretium accipi *l.5.§.1.inf.de verb ſignif l.ſi is qui.80.§ 1.inf. ad leg.falcid. l.1.§.ſi quis ſeruum. ſup.depoſ.* quod pluribus alias proſecuti ſumus. Quia igitur tabula picta vendi poteſt, ideo & pingenda locari poteſt, & locatio erit ſi pro ea pingenda detur pecunia: ſi vero res, tunc quia deficit locatio conductio, & tamen certum eſt contractum non deficere, ideo actio eſt præſcriptis verbis. Quod ſi huiuſmodi factum eſt quod locari non ſoleat, Id eſt ſi ex eo facto non extet corpus aliquod perfectum, tunc etiam ſi pro eo detur pecunia, non erit locatio: puta *vt ſeruum manumittas*; manumiſſio enim

enim non conſiſtit in adminiſtratione patrimonij, non in opera aliena, ſed actus legitimus eſt, qui ab vno quoq; per ſe & ſuo nomine explicari debet, *l. ſeruus, 13. inf. de manumiſſ. l. vlt. inf. de curatorib. furioſ. l curator. 22. infr. qui & à quib. manumiſſ.* filius quidem fam. voluntate patris manumittere poteſt *l. nepos, 22. infr. de manumiſſio.* ſed ita quia & filiusf. patri ſuus eſt & libertus paternus idem etiam filij vocari poteſt, *l. licet, 58. infr. de verb. ſignif.* cæterum pater iuſſu filij aut filius iuſſu matris manumittere non poteſt: quia pater filio & filius matri extranei ſunt, Paul. *li. ſen. 1. tit. 13. ſen. 2.* nec filij libertus, idem etiam patris vocari poteſt dict. l. licet. Itaque hoc loco erit actio præſcriptis verbis, vel ſi me pœniteat, condictio pecuniæ tanquam ob rem datæ re non ſecuta, vt in ſuperiori ſpecie & in *l 7. inf. eo. l. 3. §. 1. ſupr. de condi. cau. dat. l. ſi liber. 9. C. de condict. ob cau. dat. Siue certum tempus adiectum eſt, &c.* Id eſt ſiue in diem ſiue pura ſit obligatio. Si in diem, tunc quia adiectio diei pro debitore eſt, ideo totum illud tempus illi cedit, nec ante aduerſus eum agi poteſt quam totum tranſierit, *l. eum qui 41. §. 1. cum l. ſequ. l liber homo, 118. §. 1. inf. de ver. oblig. l. nihil 186. inf. de diuerſ. reg. iur. §. vlt. inſtit. de inutil ſtipulat.* cum & nonnunquam donationis cauſa adiiciatur dies, *l. Ariſto. 18. infr. de donation.* Si pura ſit, ſtatim agi poteſt, *dict. l. eum qui, §. 1. l. cedere, 213. infr. de verb ſignif. l. in omnibus, 14. infr. de diuerſ. regulis iuris.* Quod tamen ita intelligendum eſt vt tantum ſpatium prætererit quo commode manumitti potuerit, vt ait. Idem *in dict. §. vlt. de inutil. ſtipulat. facit l. quod dicimus, 105. infr. de ſolutio.* Sed cur ait, *ſi illud viuo ſeruo tranſierit?* mortuo ſeruo, inquam, nimis certum eſt per eum qui pecuniam accepit, non eſſe quominus intra illud tempus manumittat: quo caſu & condictionem datæ pecuniæ ceſſare ait Vlp. ex Proculo *in dict. l. 3. §. ſi quid ita.* Ibi, *ſi minus ceſſare. Quinimo,* ait, *ſi nihil tibi dedi vt manumitteres, placuerat tamen vt darem, defuncto quoque eo vltro tibi competere actionem quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt condictionem defuncto quoque eo.* Cur præſcriptis verbis non agam, ratio in promptu eſt, quia mortuus, idem videatur manumiſſus, poſtquam amplius manumitti non poteſt. Si alias pro mortuo habetur qui manumiſſus eſt, cur non retro pro manumiſſo quoque habeatur (ſi de eo ſit cauſa) qui intra illud tempus quo manumitti debuit, mortuus eſt? *l. ſi mihi, 92. l. penult. infra de ſolution l. inter. 46. infra de furt. l. ſi liber. 103. infrà de verbor. obligat.* Cur vero directa ex contractu

tractu vltro tibi competat, contrariæ deciſionis contraria ratio nec minus directa eſt, quia pecunia quam placuit vt darem, non periit. Quæ omnia his conueniunt quæ ſupra diximus in emptione venditione ex *l.5.§.1.ſup. de reſcind. vend. & aliis multis.* Ad manumiſſionem Stichi cauſſa dandi mihi directa eſt, & tibi viciſsim manumittendi ad accipiendum ꝙ conuenit, directa: hanc cauſſam ſua ſponte currentem ſi ſequamur, ea quidē potiſſima eſt, quæ generi ob rem dationis derogat: iſta manumiſſionem Stichi mihi abiudicat; nec minus tamen pecuniam quam placuit, vt darem, tibi adiudicat. Sed ſi eam tollimus, non tollimus tamen ob rem dationem. Vt poſita ſpecie ponitur ēt genus, non contra poſito genere ponitur etiam ſpecies, ſic ſublato genere tollitur etiam ſpecies, non contra ſublata ſpecie tollitur etiam genus. Hāc vero directā cauſam tollimus & quaſi poſtliminio ad ius naturale ſeu ad nudam ob rem dationē redimus cum ponimus mea non intereſſe ſeruum manumitti, ſed tantum recipere id quod dedi. Ne quis igitur ex eo quod directa actione tenear tibi dare id quod conuenit inter nos, argumentetur idem repeti non poſſe ſi ſolutum fuerit, quaſi abſurdum ſit me id quod ob Stichum manumittendum dedi, eodem caſu repetere poſſe, quo & ſi non dederim, id poſsis exigere: ob rem dationi ex qua id repeto, in contractu locus non eſt per ſe, niſi contractum prius remoueris. At remouere potes, quia iniquum ſit me damnum facere, qui contrahendo tantum mihi proſpicere volui. Quin etſi contractum retineas cum Iuliano *in d. l. 5. §. 1. ſup. de reſc. ven.* hoc repetitioni rei meæ obſtare non poteſt: quia & mihi actio erit ex eodem contractu, & quidem ad diſtrahēdum contractum, vt diximus *ex l. exempto, 11. §. is qui vina. ſupr. de act. empt.* Id eſt ſiue repetendum ſit quod dedi ſiue conſequi velim vt liberer à te eius rei præſtatione: idque diligenter ex mente Iuliani explicat Africanus *in l. ſi fundus 33. ſupr. loc. Iulianus* quoque de hac re ſatis ipſe apertus eſt *in l. & ego, 11. eo. facit & l. quotiens, 34. §. 1. ſup. de vſufr.* Nec vero huic rei moræ quicquā eſſe poteſt per directam contractus cauſſam. Actio enim præſcriptis verbis cui illa cauſſa committitur, incerti & bonæ fidei eſt. Qui incertum petit, is nihil aliud petit quam quod iudex arbitratus fuerit: actio quoque bonæ fidei ſtrictum ius inſuper habet, eique æquum & bonum præuertit: quorſum dicitur vbi de bona fide agitur, non congruere vt de api-

cibus juris diſputatur, ſed de hoc tantum debitor fuerit nec ne, *l. ſi fideiuſſor, 29 § quædam, ſup. mandat.* in bona fide omnino inſpicitur quod actum eſt, & primum quidem id quod ſpecialiter actum eſt, id eſt, quod conuenit. Itaque primum omnium contractus formam accipit ex eo. Secundo vero, ſi forte non reſpondeat euentus eius, quod ſpecialiter actum ſit, ſupereſt vt quod omni modo actum eſt, id eſt actum videatur, quamuis non nominatim actum ſit, inſpiciamus. Hoc vero certe actum videtur, ne quis in damno verſetur. Quod ſi Sticho iam mortuo condictione certi ex hoc contractu pecuniam, de qua conuenerit inter nos, exegeris, forte me imprudente vel cedente; directa quoque actione ſtricti iudicii ego præciſe agâm, vt Stichum manumittas: nec poteris euadere condemnationem in id quanti mea intereſt Stichum manumiſſum, ſicut euenit in omnibus faciendi obligationibus, *l. ſi quis ab alio, 13. §. primo, infra de re iud.* non poteris enim excipere de mortuo Sticho, poſtquam tibi quaſi manumiſiſſes, in id quod ob id promiſiſſem agēti nihil ego exceperim: niſi forte de eo poſſis, quod amplius ſit quam à me acceperis, *d. l. ſi fundus, d. l. ex empto, 11. §. vltimo, verſiculo ibidem, ſupra de act. empt. l. 8. §. ſi liber. in fin. ſupra mand. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum, infra de legat. 1. facit l. vltim. § ſi ad ianuam, inf. quod vi aut clam.* Cæterum nunquid magis obſtare poteſt, quod Vlpianus *in d l. 3 ſupra de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* ex Proculo ait: *Et ſi tibi dedi vt manumitteres, placuerat tamen vt darem; vltro tibi competere actionem.*

Sic enim videtur velle, etſi hæc obligatio, *dabo tibi pecuniam, vt Stichum manumittas*, ſuum nomen non habeat; non tamen ex re tradita initium demum habere, ſed iam ex nudo conſenſu, quo placuerit vt darem. Id vero Paulus, *in d. l. prima, ſupra titulo proximo* ait, in his duntaxat obligationibus receptum eſſe quæ nomen ſuum habent. Imo hoc idem eſt cum ſuperioribus, inquam, vltro enim tibi competit actio, perinde ac ſi manumiſiſſes eum qui ante mortuus eſt, quam manumittere poſſes. Quod ſi viueret Stichus, non poſſes ante agere quam manumiſiſſes. Sed iam poſtquam ad eum caſum peruenimus, vbi conuenerit hinc dari, illinc fieri, tempus eſt vt moneamus eum qui primus fecerit, agere poſſe vt detur, non quod faciendi aut manumittendi cauſa idonea ſit perinde actioni, qua agas me dare oportere, vt ſequitur *in §. ſe.* cum nec ſi viuum

manu-

manumiſiſſes, antequam ergo dediſſem, imo manumiſiſſes vt darem, ſed potius, vt te obligatione ſolueres, quæ mihi aduerſus te eſſet. Quid? dices ideone, vt te ſolueres ea obligatione, quæ nondum nata eſſet, nondum re tibi à me tradita? Ideo, inquam: nec mirum, quia quæcunque quandoque obligatio fuerit, ea ad initium contractus, id eſt, ad conuentionem refertur. Pacto formatur contractus incertus & directa ex eo actio, cũ etiam ex eo formetur interdũ certus certaue ex eo actio, cuius alioquin certa forma eſt: formata vero actione, poſtea non intereſt, quo ordine exhibeatur fides pacto, fiatne priuſquam detur, an contra: ſpectandum modo eſt initium & origo directæ actionis, vt fiat, quia dandum ſit vt fiat, quamuis nondum datum ſit, neque tamen aliud initium eſt contractus, quod eſt à conuentione, aliud obligationis ex contractu, quod eſt à re tradita: ſed poſtquam res ſecuta eſt, obligatio retrahitur & refertur ad conuentionis tempus, *l. potior*, 11. *infra qui pot. in pign. hab. l.* 8. *ſupra de contrahend. emptione*, *l. quarta*, §. *ſed & Marcellus*, *ſupra de in diem addict. l. octaua*, *ſupra de pericul. & commod. rei vend. l. is qui*, 11. §. *ſi poſtea quam in fine*, *cum* §§. *ſequentibus*, *infr. quod vi aut clam. l. ſecunda*, §. *id quoque*, *inf. de collat. bon.*

Hæc omnino differentia eſt inter contractus, qui re perficiuntur, & eos quibus actum eſt, vt aliud detur vel fiat, quam datum vel factum eſt, vt illorum initium ſit à re, non à conuentione quæ præceſſerit; iſtorum vero contra non à re, ſed à conuentione: ne vero aliam quis requirat, hæc omnino ratio eſt, cur contractus de re ſua ſibi danda non valeat, etiam ſi dominus qui ita egit eam rem poſtea amiſerit, aut cur contractus conditionalis tranſmittatur ad hæredes: quia in contractibus initium ſpectamus, quo tempore ſua res erat, vel conditio videtur impleta, ſeu omnino contractus purus fuiſſe, quandoque poſt impleta conditio fuerit, *l. filiusfamilias*, *ſeptuageſima octaua*, *ſupra de verborum obligationibus.* Regulam autem Catoniam huc proferre, merum ægri ſomnium eſt, ciuſdem illius ſcilicet qui *in l. intra*, 41. *ſupra de pactis*, ait, ſi debitor ſecundum pactum, de quo illic agitur, partem debiti ſoluiſſet, non ſolum excepturum ex pacto, ſed etiam vltro acturum fuiſſe, vt reſiduum ſibi acceptum ferretur, ſolutione eius quod debetur, vices debitoris & creditoris mutari poſſe: qui debitor erat, credi-

torem fieri poſſe: vno ſolutionis facto non ſolum ſolui, ſed etiam cõtrahi poſſe perinde ac ſi vnius voluntate aut facto mutari poſſet prioris contractus forma, contra quam hoc loco dicimus. Nam ſi id poſſet, quidni etiam hoc loco qui Stichum ante manumiſiſſet, feciſſe videri poſſet vt ſibi daretur? Atqui ex ea forma ſeu conuentione nulla ciuilis cõpetit actio, vt ſequitur *in §. ſeq.* nec facit quod creditor in d. l. intra ſolutioni intra certum diem faciendæ & accepto ferẽdo prius conſenſerit. Id enim non ſatis eſt niſi ab initio contractus conuenerit, ſed de eo amplius *ad l. ob eam. 9 inf. eo.* deniq; hoc ratum eſto, quæ ab initio contractus forma fuit, vel eam permanere vel certè contractum aut obligationẽ ex eo non manere, ex eo non ſoluendum eſſe: poſt conuentionem non referre vter dare vel facere anteuertat vel quo animo ſoluatur, quia nullo facto, niſi quo planè extinguatur, nouetur & mutetur obligatio, contractus ex quo ea obligatio eſt, forma mutari poſsit. Huic ſpeciei obiiciunt interpretes conſtitutionem Dd. Marci & Commodi, de qua fit mentio, *in l. ſed ſi. 10. inf. de in ius vo. l. verum, 11. §. 1. ſup. de mino. l. 7. §. vxori, inf. de don. int. vir. & vx. l. 1. 3. 4. pen. inf. qui ſine manumiſ. ad libert. peru. l. Paulus reſpondit.* 8. *infra. de liber. cau. leg. prima, ſecunda, tertia, quarta, C. ſi mancip. ita ſue. alie. vt manu. vel cont.* videtur diu. Adrianus primum conſtituiſſe vt ne ſerui vilius venditi vel donati ea lege vt liberi poſt certum tempus eſſent, liberi ipſo iure fierent, quaſi a venditore vel donatore manumiſsi; forte quod diuerſa hæc lex eſſet ab ea quam teſtator in teſtamento de ſuo ſeruo poſuiſſet, quæ *ex l. 12. ta.* ius faceret: ſed opus manumiſsione eſſet. Ex qua conſtitutione loquitur & decidit Scæuola *in l. vlt. ſup. de ſeru. export. Et in l. qui Romæ 122. § Flauius inf. de verb. obliga.* Vnde apparet Sceuolam ex conſtitutione D. Marci ætate ſuperiorem fuiſſe. Et ita ſeruum quoque *d. l. verum.* vbi Vlpianus citat Scæuolam de leg. Ælia Sentia, & reſtitutione minoris 25. annis ſi maior 20. annis ſeruum ea lege vendiderit, vt manumitteretur; cui legi Æliæ Sentiæ & reſtitutioni minoris vult conſtitutionem diu. Marci nihil poſtea derogaſſe, quominus in propoſita ſpecie illius legis idem dicendum ſit poſt eam conſtitutionem, quam Scæuola ante eam dixerat: quo facit etiam nonnihil quod Scæuola *in l. dominus. 23. §. 1. inf de pecul. leg.* decidit ex iure & tempore antiquo & ſuo, ſine vlla mentione reſcripti dd. Seueri & Antonini; quod

contra

contra poſtea Vlpianus proponit in *l.6. §. ſicut. eod. tit.* Diuus vero Marcus poſtea appoſuit ne opus manumiſſione eſſet, ſed poſt certum illud tempus ad manumiſſionem definitum, vel ſi tempus adiectum non eſſet, poſt duos vel quatuor menſes perinde liberi eſſent atq; ſi reipſa manumiſſi eſſent ab emptore vel donatario: de quo *in l. ſeruum. 8. §. 1. inf. de iur. patron. l. ſi quis. 13. inf de oper. libert. l. Herennius. 22. ſup. de ſtat. hom.* nec tamen id facit quominus Scæuola diu. Marci temporibus vixerit, cum & conſtitutionem eius *de eo cui libert. cauſſ. bon. addic.* citauerit *in l. prima, 23. inf. quæ in fraud. cred.* Sed quid vetat Scæuolam multorum annorum hominem, ſcriptorem & iuris auctorem tempore Diui Marci fuiſſe? maxime vbi non probatur ex conſtitutione diui Marci aliter ius eſſe quam ipſe antea ſcripſiſſet. Verum ad rem ſi idem in hac ſpecie, *do vt ſeruũ tuum intra illum diem manumittas*, vel etiam non adiecto tempore, eo ad duos vel quatuor menſes definito; non videtur opus actione præſcriptis verbis de eo quod actoris intereſt manumiſſum eſſe: nec datum condici poteſt re iam ipſo iure ſecuta, *dict. l. 1. vlt. Cod ſi. mancip. ita fuer.* Verum huic obiectioni fruſtra quis reſpondeat conſtitutionem D. Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere, quæ hac lege venierint vt poſt tempus manumitterentur; hic vero manumittendum non veniſſe aut datum fuiſſe ſed datum alium ſeruum eius domino fuiſſe vt dominus ipſe ſuum manumitteret. Nam & eundem fauorem libertatis cauſa reſpondit Paulus eam etiam mereri, pro qua dominus pretium accepit vt eam manumitteret, *l. Paul. reſpondit 38. §. 1. inf. de liberal. cauſ.* Huic obiectioni cedunt omnes interpretes: nos vero adeo non cedimus vt dicamus facile eſſe quid reſpondeamus. Et quidem facillimum eſt ſi is qui ſeruum dedit, cum condicat. Eo enim manifeſtum eſt non perſeuerare in eadem voluntate, qui contractum etiam diſtrahit: de qua exceptione eadem conſtitutione cautum eſt, *dict. l. 3. inf. qui ſin. manumiſſ. ad libert. peru.* Quod eam rationem habet ne alioquin iniuria ei fiat qui ſine cuiuſquam iniuria voluntatem ſuam mutet, quandiu is qui ſeruum accepit, in manumittendo ceſſat, hic vero maxime, ſi auferatur ei condictio qui ſeruum dedit; quia ſic damno multetur. Si eo caſu quo emptor ea lege emptum ſeruum vt poſt tempus manumittat, acceperit, pretio nondum ſoluto & ſatisfacto, locum non habet conſtitutio diui Marci.

Digitized by Google

Nec emptor manumittere poteſt, quia nondum in bonis eius eſt. Ideoque venditor vindicare poteſt, *d.l. Paulus reſpondit, §. quæſitum, l.3. §. ſed ſi dedi, ſupra de tribut. act.* quidni idem hic dici poteſt, vbi condicere poſſim, ſeruum tibi à me datum, vt ſeruum tuum manumittas, antequam tu ex parte tua fidem impleueris; quaſi non tenear ex mea implere? Tantummodo de actione præſcriptis verbis videndum eſt. Sed puto conſtanter negari poſſe, vt qui ea actione agat, videatur perſeuerare in eadem voluntate. Rogo enim ſi ſeruus ea lege venditus ſit, vt poſt tempus manumittatur, nec manumiſſus ſit, nec manumiſſoris ſtet voluntas de libertate aut manumiſſione; quid eo caſu diuerſum futurum ſit à conſtitutione diui Marci? Nunquid vt agat actione venditi in id quod ſua intereſt eum ſeruum manumiſſum eſſe? Alioquin vtiliter cedet emptori ſeruum non manumiſiſſe, quem tamen vt manumittendum, minoris emit; vel conſtitutio venditori licentiam voluntatis mutandæ non reliquerit. Certe qui agit ad id quod intereſt, videtur renunciare conſtitutioni & manumiſſioni ſerui, & manumiſſionem ſeu libertatem ſerui vertere in id quod intereſt, in lucrum ſeu patrimonium. Nec vero dubitem ſic colligere; ſi certum & exploratum eſt eum, qui ſeruum condicit pœnitere, & voluntatem de ſeruo manumittendo reuocare, & multo magis eum pœnitere videri qui directa actione agit, cui directæ ineſt etiam condictio. Itaque adeo nihil conſtitutioni D. Marci derogamus fidei in permutatione, vt plurimum ei tribuamus, qui volumus eum, qui ſerui manumittendi legem dixit, in ea voluntate & lege permanere. Tantummodo non permanere dicimus eum qui agat ad id quod ſua intereſt, manumiſſum eſſe, vel qui condicat: alias conſtitutionem diui Marci quæ in emptione venditione ſerui expreſſa eſt, ad permutationem vel quale negotium hic proponitur, confidenter extenſuri eum iuris auctoribus, qui primum extenderunt ad ſeruum emptum venditori manumiſſionis cauſa relictum, vt diximus, deinde ad donationes, *l. penultima, infra, qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen.* Cur enim idem nobis non liceat eadem ex cauſa, ex qua id illi auſi ſunt, id eſt, vbicunque militet eadem ratio, quæ primum conſtitutionis fuit. Sic & illi multis locis iuris ciuilis præcipiunt; & emptioni, de qua conſtitutio diui Marci expreſſa eſt, permutatio vicina atque ſimilis eſt, *l. vltima, ſup. titulo proximo, l. ſciendum, 19. §. penult.*

penult.infr.de ædil.edict.l.2.Cod.de rerum permut.l.vltima, infr. quibus ex cauſ.in poſſeſſ.eat. Cæterum tempus libertatis ex conſtitutione diui Marci conſeruandæ definitum eſt, *in l.vlt.inf.qui ſine manumiſſ.ad libert.*

SED SI DEDI TIBI SERVVM.

IN iſta ſpecie eſt quidem mihi actio præſcriptis verbis in te, qui ſeruum à me accepiſti, ſi ſeruum tuum ceſſaueris manumittere, vt in ſuperiori ſpecie, ſed pone manumiſiſſe, & poſtea tibi euictum eſſe eum quẽ dederam. In ſpecie *do vt des*, eo caſu quo res tradita tibi euicta eſſet, ex Pauli & Iuliani ſententia diximus iam ſupra, actio in factum à Prætore dandam fuiſſe: Idem in iſta ſpecie habemus; ſi modo illud, *ciuilem*, tollas, quod Tribon. Paulo & Iuliano adfinxit, vt omnes recentiores conſentiunt poſt Duarenum, qui primus id notauit. Quam ſententiam Vlpianus relata eadem ſpecie reprehendit, dum Mauricianum laudat qui reprehenderat: propter ea quod qui directam ſeu ciuilem actionem habet, vtilem honorariamue non deſiderat, *l.1.ſupr.de public.in rem act. l. Titius*, 8.*ſup.de reſcind.vendit.l.ſi creditori*, 18.*infra de legat.1.* hic vero non deeſt directa aut ciuilis præſcriptis verbis. Porro Tribonianus arbitrium Vlpiani ſibi viſus eſt ſecutus cum Iuliano vel Paulo hanc ſententiam impoſuit, ſi ſciens alienum Stichum dedi, de dolo in me dandam eſſe actionẽ; ſi ignorans, in factum ciuilem: ſed non vidit, quando eo vſq; Iulianum interpolauit, quaſi is dixiſſet, ciuilem in factum, id eſt, præſcriptis verbis ſupereſſe adhuc ex contractu, *do vt facias*; vlterius quoq; manum admouendam fuiſſe, ne videretur Iulianus diſtinxiſſe iuris ignorantiam & ſcientiam de ſeruo quem dedi; cum vtrique parti diſtinctionis ſufficiat in factum actio directa, *d.l.7.ſup.de pact.* nam quo caſu ciuilis ſeu directa actio tibi eſt, ſiue ſciuerim ſiue ignorauerim, abſtinendum tibi eſt de dolo actione, quæ omnium vtilis & poſtrema eſt. Hæc ſatis Tribonianum nobis ſuæ inſcitiæ deprehenſum habent.

AD §. QVOD SI FACIAM.

ETiam ſi conuentio non tranſeat in proprium nomen contractus; ſi tamen ſubſit cauſa, non eo minus contractus aut ciuilis obligatio eſt, *l.7.ſup.de pact.* Cur igitur ex iſta conuentione, *faciam vt des*, nulla ciuilis

actio

actio ſit, hæc ratio eſt quia cauſa non ſubſit. In quo ſupereſt primum videndũ quid ſit cauſa, deinde cur hic nõ ſubſit: ꝙ totum credo ab omnibus interpretibus ad hunc locũ explicandũ mihi relictum eſſe, adeo nemo eorum metam hoc loco vnquam contingere potuit. Cauſa omnino res eſt ex parte vnius præcedens, quæ par ſit alteri obligando, *l. in ſumma, 65. ſup. de condict. indeb.* In contractibus qui conſenſu perficiuntur, vnius obligatio alterius obligationi cauſam præbet; & ſic mutuæ obligationis mutua cauſa eſt: in aliis vero, ſiue certis, ſiue incertis datio vnius demum dat cauſam obligationi alterius, ad dãdum, vel faciendum, quia datio dationi par eſt, ideo & obligationi ad dandum. Quod ſi datio dationi vel obligationi ad dandum idonea eſt; quam multo magis facto, vel obligationi ad faciendum? Factum enim multo minus datione eſt. Datio iuris eſt, cui iuri etiam factum ineſt. factum vero contra dationi aut obligationi ad dandum par non eſt, quia facto non datio ineſt. Iure gẽtium diſtincta ſunt dominia, & propria ſingulorum vtilitas introducta; hinc dationes rectam originem habent, ideoque iuris gentium directæ ſunt: facta vero in nudo vſu ſeu Iure naturali remanſerunt; quaſi nullam vtilitatem vel acquiſitionem, nullum emolumentum contineant. Hinc conſequens fuit & iuris gentium eſſe aut pro datione cuique cedere, ſi qua vllam vtilitatem vel emolumentum vlli afferre poſſent, *l. ſtipulationes. 72. inf. de verb oblig l. ſi quis ab alio, 13. in fin. inf. de re iudic.* Itaque & facto vel obligationi ciuili ad faciendum cauſa ex facto par & idonea eſſe poteſt, vt ſequitur in §. ſequ. Quomodo & Paulus in principio huius legis tractatu ob rem dati non immerito complectitur etiam faciendi ſpecies, *l. faciendi. 175. inf. de verbo. ſignif. l. hæres meus inf. de leg. 2.* Cæterum non certum aut perpetuum eſt de factis quod de rebus. Rerum æſtimatio certa eſt, ac proinde iuris, factorum vero incerta, de qua iudicandum eſt ex propria, cuiuſque perſonæ, quæ ſua intereſſe dicit, inſpectione; ac proinde facti. Facta formali pretio æſtimantur: id eſt ex effectu aut eius quod cuiuſque ſpecialiter intereſt, æſtimatione; non ea communi aut certa quæ æſtimantur res iuris gentium certæ ſeu certi dominij, quarum rerum propriæ ſunt dationes, *l. in lege. 62. §. 1. cum l. ſeq. inf. ad leg. falcid. l. ſi ſeruum. 33. ſup. ad leg. Aquil.* Omnino igitur non debemus, factum iuxta ac dationem accipere æſtimareue, vt quemadmodum dationem

præ-

præcedentem diximus parem eſſe obligationi ad faciendum, vnde fiat contractus & naſcatur ciuilis obligatio; ita & factum præcedens dicamus par obligationi ad dandum. Nam & ſi vllum ſit factum vtile, vtile eſt tamen in ſubſidium dationis. Datio directa eſt iuris gentium, factum vero vtile: at directum quam longe potius vtili? cum vtile ſit tale per directum tantum, id eſt quatenus ad directum accedat; non autem per ſe, *l. quia*, 11. *in fin. inf. hoc tit. l. mutus*, 43. *§. ſi Procurator, ſupra de Procurator.* Hæc eadem cauſa eſt, cur Procurator in rem ſuam datus poſt litis demum cõteſtationem, ſi vice mutua conueniatur à debitore; æquitate compenſationis vtatur. Non enim directo iure ante Procuratori debetur, quam litem cum debitore conteſtatus fuerit, vel ſibi is delegatus fuerit, *l. ſi actor* 29. *ſup. de Procurator.* Eadem cauſa, cur creditor non cogatur compenſare id quod alii quam debitori ſuo debet, quamuis creditor eius pro eo, qui conuenitur id maxime velit, quia nuda voluntas ſine delegatione non ſufficit, *l. in rem ſuam*, 18. *ſup. de compenſat.* Non ſine quæſtione fuit, an Procuratori in rem ſuam facto ante litem conteſtatam iam vtiliter debeatur. Pone m. donationis cauſa Procuratore in rem ſuam factum eſſe: iſto iure dominus ante litem conteſtatã poterit directa actione agere, & donationem reuocare. Quin idem, & ſi ex cauſa oneroſa ceſſa ſit actio, *l.* 3. *C. de nouat.* Deinde ſi Procurator ante litem conteſtatam mortuus fuerit, hæredes eius ne vtiliter quidem agere poſſunt: ſed domini res manet, *l. Papinianus*, 23. *inf. de donat. inter vir. & vxor.* Quod vereor, ne Tribonianus antequam intelligeret, male præſumpſerit mutare *in l. illam*, 33. *C. de donationib.* Dico vero antequam intelligeret. Falſum eſt enim, & quod ibi ait ceſſas venditionis titulo actiones etiam ante litis conteſtationem ad hęredem tranſmitti. *l.* 1. *&* 8. *C. de oblig. & act.* & eiuſdem notæ eſt, *& l. poſſunt, C. de pactis.* Ceſſa actione Procurator experitur ex perſona ſui debitoris: hæc vero ſimul cum mandato quo ceſſa eſt, extinguitur ſiue debitore qui ceſſit, ſiue Procuratore cui ceſſa eſt, mortuo. Vtilis autem qua creditor ſine ceſſione agere poteſt, proprio nomine ei datur, *l. ſi cum* 16. *ſupra de pact. l. Procuratore*, 55. *ſup. de Procurat. l.* 1. *inf. de fideiuſſor. tut. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priu. debit. ſu conuen. poſſ. l.* 1. *&* 2. *C. de obl. & act. l. ex legato*, 18. *C. de legat. l.* 4. *C. ſi cert. pet. l.* 4. *&* 5. *C. de magiſt. conuen.* Sed & ſi vtiliter deberetur, puta ex empto nomine, vel ſi ceſſa ſit, Procuratore dominoue ante litem conte-

ſtatam mortuo; nec ex ea cauſa ceſſat emption. actione, & non magis iſlic vtile directo par eſt ad compenſationem, quam hic ad obligationem ciuilem. Directum ius tranſit ad hæredes, vtile vero ſeu æquitas non tranſit, ſed cuique proprio iure competit, *l. Babius, 30 inſ. de pact. dotal. l. 5. §. hac autem, in fine, ſupra de his qui effud. vel deiecer.* Cui directo debetur, is ſolus eius actionis dominus eſt: ei vero vni directo debetur, qui ipſe ſtipulatus eſt, vel emit vel vendidit, aut vllo modo contraxit, vel litem conteſtatus eſt. Procurator igitur quamuis in rem ſuam, ante litem conteſtatam Procurator tantum eſt, *l. delegare, 11. infra de nouation. l. ſi Procuratorem, 8. §. ſi quis ſup mandat. l. hæreditatem, 28. infr. de donation l. vt ſi cui, 12. infra de verborum ſignificationibus, l. ſicut, 8. §. ſi Procurator. infra quibus modis pign. vel hypoth. ſolu. l. ſi debitor, 80. & 83. infra de iure dot.* Et ita *in l quæcunque, 11 infra de obligationibus & actionibus, neque ſtipulari neque emere vendere contrahere poſſamus,* inquit Paulus, *vt alter ſuo nomine recte,* id eſt directa act. *agat.* Nec tamen ex nudo pacto dicendum eſt actionem naſci in ſpecie, *facio vt des,* Ex eo enim pacto non rei tantum reſtitutoria eſſet in id quanti mea intereſt non feciſſe, ſed in id etiam competeret vt præſtares, quanti mea intereſt te dediſſe. Nunquid enim id conuenit? Sed dicendum eſt naſci ex reipſa, ex æquo & bono omnium poſtremo, quod eſt, vt ne is fecerit qui fecit, quando non contra datur illi id quod vt ſibi daretur, fecit. Iniquum eſt enim eum feciſſe, qui vt ſibi daretur, fecit poſtquam alter, cuius cauſa factum eſt, nec dat, nec obligatio eſt qua çogatur dare, *l. ſi & me. 32 ſupra de rebus creditis.* Actiones vtiles in factum non dantur in id, vt det reus, ſed vt ab eo reſtituatur, in integrum id quod ab actore eius cauſa fruſtra factum eſt: & quia facta, infecta fieri aut in integrum naturaliter reſtitui non poſſunt, ideo condemnetur reus, quanti actoris intereſt non feciſſe. Adiicitur vero doli mentio propter conuentionem, quam hoc loco ex prima huius legis poſitione præceſſiſſe intelligendum ſit.

Non poteſt enim non ſciens videri fallere, qui non dat quod ſe daturum conuenit, poſtquam & factum eſt quod eius cauſa alter conuenerat. Iamdiu pudet me iſtarum ineptiarum, ideo hic non competere præſcriptis verbis, quia hæc ſpecies nullius certi contractus ſimilis ſit: hoc perinde eſt ac ſi in lege Aquilia dicerent ideo culpam quæ ſit, non eſſe

etiam

etiam iniuriam; quia contumeliæ ſimilis non ſit, quaſi vnica ſit ſpecies iniuriæ, contumelia: perinde ac ſi dolum ideo non eſſe vim, quia rapinæ, homicidio vel parricidio ſimilis non ſit, quaſi & ſine iſtis vis eſſe non poſſit: perinde ac ſi arbores ideo non eſſe animalia, quod hominibus ſimiles non ſint: quaſi non aliter animal futurum ſit, quam ſi homini ſimile ſit; aut ſi brutum non idem ſit animal, quia homini ſimile non ſit. Imo pone ſimilem certo contractui ſpeciem: ideone erit contractus aut actio præſcriptis verbis? Atqui vtiles ſeu in factum poſtremæ magnam partem hoc tantum ſunt actiones, quod directis ſimiles ſint; quas tamen conſtat non eſſe ex contractu, ideoque non directas. Qui ita colligunt, iis vt prudentes iuris ſint, non dij, non columnæ conceſſerint, qui vix communis ſenſus compotes videntur. actio præſcriptis verbis, vt toties contra dicimus (ſi forte acquieſcere poſſint iſtæ ineptiæ) largitur vſque ad eos contractus, qui aliorum nullius ſimiles ſint: neque ad eam actionem quicquam facit contractum incertum ſimilem eſſe certo, cum abſciſſe ea ſit ex incerto cōtractu, id eſt, incerti nominis; qui cōtractus non magis alieno exemplo alienaue definitione, minuſue propria & ſua æſtimatur, quam certus; ideoque potius appellatur incertus quod ſpeciale aliquid ſuum habeat ignotum & diuerſum ab his quorum nota, certa & vulgaris natura eſt, vt diximus in præfatione. Ait igitur Paulus, quia nulla ex ea ſpecie eſt ciuilis actio, id eſt, quia nec eſt vllus contractus ſiue certus ſiue incertus, ex quo dari poſſit actio certa vel præſcriptis verbis, nec certum factum vel maleficium, ex quo per certam legem aut aliam ſpeciem iuris ciuilis agatur; Ideo decurritur ad actionem de dolo: nam etſi nihil tibi dederim, vnde ſit par cauſa mihi à te accipiendi aliquid, feci tamen ex pacto inter nos, & per te quod nunc apparet, poſtquam ex pacto non das, quod vt dares, feci, me fruſtra, & ſine cauſa feciſſe; quod per te in integrum reſtitui, id eſt, à te mihi quanti mea non feciſſe intereſt, præſtari non minus æquum eſt, imo æquius, quam à te reddi æquum eſſet in obligatione ob rem dati, quod appareret me fruſtra tibi dediſſe, vel ſine cauſa apud te eſſe, poſtquam id viciſſim non dares quamobrem tibi dediſſem; eo quod ex conuentione fecerim, qua re ſum à te deceptus. Sic accipio vtilem in factum *in l. inter, 26. §. conuenit; infra de pactis dotal.* vbi & dico factum eſſe vt detur, id eſt impenſas vxorem feciſſe ad

maritum eius literis euocatam, eundo, ex conuentione *facium vt des*; quæ conuentio nuda fuit: actionem tamen de dolo abſtineri ab vxore ob reuerentiam mariti, *l. non debet, 11. ſupr. de dolo mal. & l. 4. §. aduerſus, infr. de dolo mal. except.* qui caſus nihil ſingulare habet. Huic §. obiicitur, *l. ſolent, 15. eod.* quod quam fruſtra, liquidum erit per eius explicationem, quam in ſuũ locum reconditam habemus. Secundo obiiciunt, *l. 6. C. de tranſact.* mater querela inofficioſi aduerſus hæredem filij ſcriptum mota tranſegit, quã tranſactionem ſic excipiunt, quaſi mater vltro ad hæredem ſcriptum acceſſerit, & cum eo ſe à lite diſceſſuram, quod eſt ſe facturam eſſe egerit, vt partem bonorum acciperet. Imo ita lex ait trãſactum fuiſſe, vt illa bonorum partem acciperet (quod eſt ſcriptum hæredem daturum eſſe) & à querela diſcederet, id eſt, eo ordine actum fuiſſe, ſcriptum hæredem partem bonorum daturum eſſe, vt mater à lite diſcederet. Nam eo ordine ſcriptum eſt. Ergo etiam, ſi prius per eam diſceſſum ſit à lite, & poſterius agendum ſit cum ſcripto hærede, qui partem bonorum non præſtet, id ſpectandum non eſt; ſed omnino quod cœperit hæc tranſactio, vt omnes ſolent, do vel *dabo vt à lite diſcedas*, quod eſt *do vt facias*. Idem eſt de *l. 3. §. quinimo, ſup. de condict. cauſ. dat.* vt ſupra iam diximus.

AD §. SED SI FACIO VT FACIAS.

HIc non tentat Paulus vt competat actio præſcriptis verbis; cum factum ex parte vnius ſatis iuſta ſit cauſa obligationis, quo viciſſim fiat, æque vt datio iuſta obligationis cauſa, quo viciſſim detur, ſed tentat vt ſit mandati. Species quas ponit, vſque ad mandatum recte perueniũt: quod maxime probat in prima ſpecie, ad quam faciunt *l. 6. §. vlt. l. ſoluendo, 39. ſup. de negot. geſt.* Nam quod ad ſecundam attinet, ego in tuo ſolo, & tu in meo etiam ſine mandato alter alterius ædificare poſſumus, cum ea ſit res naturalis acquiſitionis, *l. 7. § cum in ſuo, inf. de acquiren. rer. dom. l. ſi in area, 33. ſup. de condict. indeb.* mandatum tamen etiam hic eſt, quia proponitur ædificatum ex mutuo conſenſu. Imo vt ædificetur in ſuo ſolo, domino ſoli mandari poteſt, *l. ſi quis 16. ſupr. mandat.* Sed in propoſito non conſiſtit negotium mandato tenus. Nam ſi ex mandato alter alterius exigimus, refundendæ ſunt impenſæ. *Neque enim de re tua tibi mando*, inquit, ſed de mea, id eſt, quas feciſti impenſas in exigendo meo debitore, vel ædificando,

tando in meo ſolo, ideo refundere debeo: quia non tibi exegiſti vel ædificaſti, ſed mihi: mandatarius mandatum ſuis ſumptibus non exequitur, *l.1. C. mandat. l. qui proprio, 46.§ litis, ſup de Procurat.* Atqui id non conuenit huic ſpeciei, *facio vt facias*, quia vtriuſque factum ſic ad ſummam comparatur & compenſatur, vt cuiuſque facto omnes quoque impenſæ vltro citroque cedere debeant. Debitoris exigendi vel Inſulæ fabricandæ factum indiuiduum eſt ſiue de dando, ſiue de faciendo, nec datio eo loco iuris eſt vltra rationem totius facti, *l. ſtipulationes, 72. inf. de verborum obligat. l. ſupra, 11.§ officium, inf. de aqu. pluu. arc. l. libertus qui poſt. 15.§ 1. infr. de oper. liber. l. cum ſeruus, 82. l. qui ſub. 111. inf. de condit. & demonſtr.* Itaque nec videtur feciſſe, qui non dederit, ſi ei facto datio aliqua neceſſaria fuit. Et hoc vult Paul. dicere, ibi, *Quamuis enim impendia ſequantur*, &c. Quod tamen de impenſis ait, nondum obſtare ne mandatum ſit, cum & ſic mutuum officium præſtemus. Factum pro facto in genere officio attribuendum eſt, & impenſæ in eo factæ tacite continentur, ne quid ſuſcepto officio deſit. *Poteſt mandatum ex pacto etiam naturam ſuam accedere. Poſſum enim tibi mandare, vt & cuſtodiam mihi præſtes, & non amplius impendas in exigendo quam decem*, inquit. Idem *in l. 1. §. quod ſi rem. ſup. depoſit.* imo, inquam, & ex natura ſua poteſt mandato ineſſe lex cuſtodiæ tacita, *vt in l. ſi Procuratorem, 8. ſup. mandat.* vbi cuſtodia pendet ex initio ſimplicis mandati: plane ſecundum naturam negotii quod faciendum mandatum eſt. Si mandatum eſt quid fieri, nihil prohibet ad plenius mandatum adiectum eſſe aliquid de eo, quod ſequatur, puta legem cuſtodiæ de ea pecunia, quam nomine meo exegeris, vſque dum veniam vel mittam, cui numeres, vel *vt in d.§ quod ſi rem.* De eo vero quod præcedit, vel ei ineſt, adiicere nõ neceſſe eſt: verbi gratia Procuratorem qui facit ad litem, tacite etiam mandat de inſtrumentis litis cuſtodiendis, quæ ſunt de ſubſtantia litis; ideoque & de ſubſtantia mandati, *vt in l. ſi Procuratorem, 8. in prin. ſup. mandat. l. ad rem mobilem, 56. ſup. de Procurat.* Quo argumento, & de impenſis in exigendo vel ædificando factis, tacite poteſt videri mandatum; tantum abeſt, vt mandatum corrumpant. *Et ſi eandem quantitatem impenderemus*, inquit, *nulla dubitatio eſt*, &c. Iam quod ſimpliciter dixerat, non nocere ne mandatum ſit; diſtinguẽdo fatetur aliquo caſu dubitari poſſe, an noceat. Si impenſas in exigẽdis mutuis debitoribus fecerimus pares, com-

penſatio in actione mandati, quæ bonæ fidei eſt, facit vt pro non factis habeantur: *Paulus libro ſentent. 2. titulo 5. in fin. l. poſteaquam, 21. ſupra de compenſat. l. 4. Cod. eodem titulo.* Si vero diſpares, vel vnus fecit, alter non fecit; niſi refundantur, mandatum videri non poteſt. Quod ſi propoſita ſpecies non patitur refundi, certe nec patitur mandatum eſſe. Itaque tutius eſſe ait, & de inſulis fabricandis & debitoribus exigendis, præſcriptis verbis actionem dari, vt ex contractu incerto; ita tamen vt quod mandato contrarium eſt, quod facit ne mandati actio ſit; eo excepto hæc actio præſcriptis verbis, in quam hæc ſpecies recidit vel recedit vt in genus, poſtquam in ſpecie mandati conſiſtere non poteſt, ſimilis ſit mādati actioni. *Quemadmodum in ſuperioribus caſibus locationi, & emptioni,* inquit. Cum laboramus de incerta actione, modo prius taxatum ſit, quid ſpeciale, & diuerſum à certa habeat quod faciat quominus certa ſit, magiſque vocetur præſcriptis verbis, vt ex alio quodam proprio negotio; nihil procliuius quam cætera ad exemplum certæ, cuius poteſtas nota ſit, illam reduci. Sic vitatur prolixitas, & fit compendium iuriſprudentiæ, *vt in l creditore, 14. §. 1. infra de rebus auctor. iur. poſſid.* Cæterum quænam differentia ſit inter permutationem & emptionem venditionem, vel inter locationem vel conductionem & ſpeciem *do vt facias*, cum tale factum eſt quod locari non ſoleat aut non pecunia data eſt; non intelligit hoc loco ſe ſupra tradidiſſe: ſed nunc demum eo quod de præſcriptis verbis & mandati actione ait, à ſeipſe admonitus idem quoque monet ſuperius dicendum fuiſſe vel dictum intelligendum eſſe: vt ecce quemadmodum hoc loco, quia mandatarius tenetur ad onus cuſtodiæ & præſtationem damni ex dolo vel culpa ſua contingentis, *l. contractus, 23. infra de diuerſ. regul. iuris*, idem etiam nos in mutuis ædificandis inſulis & exigendis debitoribus mutuo præſtaturos vel compenſaturos dolum & culpā quatenus paria erunt; ſic etiam in ſuperioribus præſtationes quę in actionibus empti venditi, locati conducti certæ & ordinariæ ſunt, ex eis actionibus in actionem præſcriptis verbis ex permutatione vel ſpecie, *do vt facias*, translaturis, & ea ratione plerumque actiones præſcriptis verbis dicuntur in factum proximæ emptioni, vel alii contractui certo, *l. ſexta, ſupra de reſcind. vend. l. ſi gratuitam, 17. §. Papinianus, infra hoc titulo.* Hoc interpretes fefellit, qui ex eo ſumpſerunt actiones præſcriptis verbis di-

bis directas non eſſe ſed vtiles, id eſt comparatas ad exemplum directarum, quæ ex his contractibus ſunt qui ſuo & proprio nomine deſignantur; cum potius ſint directæ ex eo quod non minus quam certæ, ex contractu ſeu conuentione directæ ſint: præſcriptis vero verbis nomine generali & minus certo, quia non omnino ſint certis ſimiles; quemadmodum nec quibus ex contractibus ſunt, ii contractus certi ſunt aut certo nomine. Primum abſque eo Paulus iam ante de actionibus præſcriptis verbis deciderat, qui nihil tale de affinitate inter actionem certam & iſtam præſcriptis verbis hactenus dixerat: & ex eo vno deciderat, quod negotium quo de ageret, omnino aliquid certo contractui ferendum aut tolerandum haberet. Deinde ſi actionem præſcriptis verbis cætera eſſent certis ſimiles, poſtquam & in eo participes ſunt quod ex contractu directæ ſunt; certe omnino certæ eſſent. At quibus ex contractibus competant, oportet potius eos certis eſſe diſſimiles & ex aduerſo oppoſitos; vt conſtat ex eo quod toto hoc titulo & tractatu poſtremo dantur tandem cum quid certo contractui ad quem propius accedunt, contrarium eſt, quominus omnino certæ eſſe poſſunt. Quin actionum potius in factum vtilium proprium eſt, quod dicunt. Hæ enim contra cætera directis actionibus ſimilia habere debent, excepto nomine ipſo directarum actionum. Quia non ciuiles aut directæ ſunt ex contractu, id eſt, ex iure gentium, aut ex facto quod ſpecialiter per legem vel aliam ſpeciem iuris ciuilis actionem pariat; quibus ſolis modis actiones directæ eſſe poſſunt, *l. 4. C. de euiction. l. eleganter, 24. ſupra de pignorat. act. l. Iulian. 14 §. ſi Procurator, ſup. de act. empt.* Itaque quemadmodum falſum eſt præſcriptis verbis actiones certis actionibus ſimiles eſſe oportere, ſic etiam falſum vtiles eſſe.

Cæterum ex toto ſuperiori tractatu concludit Paulus propoſitam initio legis quæſtionem, ſi conuenit inter nos ſpecie quadam mutui officii vt ſeruos manumitteremus, tu tuum, ego meum; & ego manumiſerim, tu vero ceſſes: me acturum præſcriptis verbis. Hæc ſpecies non eadē ratione mandati actionem pati non poſſe videtur, qua ſuperior. Nam ſuperior hac ratione non poteſt quod diſpares impenſæ, quo ſuperant, tanto refundendæ ſint: hæc vero nullas impēſas admittere videtur, quominus iis imparibus mandatum eſſe poſſit. Sed tamen quid vetat impēſas fie-

ſas fieri aliquas, eiſque ab vtroque diſpares circa officium Proconſulis, vel dum aditur in tranſcurſu ad eum locum, qua it in prouinciam. Itaq; omnino tutius eſt & in ſuperiori ſpecie, & in iſta præſcriptis verbis agi. *Et neceſſario ſequitur*, ait Paulus, vt eius fiat condemnatio quanti *intereſt mea ſeruum habere quē manumiſi, vt in l. verum 11. ſup. de minor. facit l. ſi filius, 23. §. 1. inf. de iure patronat.* Duobus modis intereſt, primo ab eo, cuius cauſa factum eſt, viciſſim factum eſſe id, quod eum facere conuenit: id lucri eſt, qua de cauſa ſolemus contrahere, *l. actionum, 25. §. 1. infr. de obligat. & action.* Quod ne dicatur in hac ſpecie inæſtimabile eſſe (quo facit *l. 9 §. illud, inf de ſtatulib. l. non eſt ſingulis, 76. inf. de diuer. reg. iur.*) contra *placuit prudentioribus affectus rationem habendam eſſe*, ait Papinianus, *in l. cum ſeruus, 54. ſup. mandat. Finge enim*, inquit, *filium naturalem vel fratrem eſſe, facit l. ſi quis, 19 inf. de manumiſſion.* Altero non datum vel factum eſſe, quod datum vel factum eſt. Hoc nullum lucrum reſpicit, ſed damnum tantum reſtituit; de quo Paulus hoc loco agit: ita tamen vt non neget de primo, ſed tantum velit etiam, ſi mea non interſit filium meum naturalem manumiſſum eſſe, vel etiam ſi filius meus non ſit; certe tamen actioni præſcriptis verbis locum eſſe ad id, quanti mea intereſt ſeruum meum non manumiſſum eſſe, aut me adhuc eum habere. Qui minus dicit, non vtique etiam negat quod maius, ſed aliquid certius, & magis neceſſariū dicit: verbi gratia, nomine virilis partis, etiam totum, nomine cæterorum, etiā omnes nonnunquam intelliguntur; quod notum eſt. Sic ius accreſcendi potius dicimus à minimis partibus, quæ inter legatarios omnium concurſu fieri poſſunt, quo interea ſinguli legatarii aliquid certe habere poſſint; non ius non decreſcendi ab eo toto, quod ſingulis legatum eſt, quia minus certum aut neceſſarium eſt totum habituros quam partes, vt firmauimus *ad tit. de vſufruct. adcreſcen.* Sic ſupra diximus actioni præſcriptis verbis ineſſe condictionem rei ſuæ. Poteſt etiam Paul. ſic dicere ex ſententia Iuliani, quem auctorem hoc loco plurimum ſequitur; cuius Iuliani temporibus nondum receptum erat in bonæ fidei iudiciis affectus rationem haberi. Poſtremo ait Paulus de eo, quod mea intereſt ſeruum, quem manumiſi habere, non eſſe deducēdum, quod libertum habeam; non quidem quod non ſit æquum, ſed quod ius patronatus inæſtimabile ſit. *Locupletior non eſt factus, qui libertum acquiſierit*, inquit Vlpian.

in l. ne-

in l.nemo,126.inf.de diuerſ.reg iur. Sed videtur obſtare quod idem Paul.*in l. idque,43.in fin.ſup.de action.empt.*ait,non ſolum ſi emptori euicta ſit ancilla per libertatem fideicommiſſariam, ſed etiam ſi emptor manumiſerit, ſi forte ea manumiſſi patronatum emptoris recuſauerit præoptato patronatu hæredis vel legatarij, cui per fideicommiſſum manumittenda relicta fuerat,ex conſtitutionibus D. Hadriani & D.Pij; *l.generaliter,24. §.vlt.inf de fideicommiſſar.libert.*poſſe emptorem de euictione agere, quaſi eius interſit quod libertam non habeat,cum aliunde intereſſe non poſſit de ea quam manumiſerit: ſi vero illa patronatum emptoris elegerit emptorem ex empto actionem non habere; *quia nihil eius interſit,cum libertam habeat,* inquit.Hoc certe ita vti propoſitum eſt,cum hoc loco valde pugnat. Sed ſoluit nos idem Paul.*in l.ſed hoc nomine,26.inf.de euiction. Hoc nomine quod libertum quis non habeat, ex vendito actionem habet,* inquit, *ſi ſcierit venditor alienum ſe vendere,vel ſi ex cauſa fideicommiſſi emptor coactus fuerit eum manumittere.* Nempe in dolo eſt venditor, qui ſciens vendidit alienam ancillam vel ſtatuliberam non dicta conditione; cuius doli ratione etiam antequam euincatur ancilla, vel alia res aliena vendita, poteſt ex empto agi,*l.Iulianus,13.§.ſi Titius, l.ſeruus quem,31.§.1.ſup.de action.empt.*Itaque recte, *in l.1.ſup.tit.prox.*de quibus venditor ſtatim teneatur, hæc ait Paul. eſſe, emptori ob euictionem ſe obligare poſſeſſionem tradere,& purgari dolo malo. Quæ actio propter dolum poſtquam ſemel competiit,eam nihil vetat;etiam de re euicta, vel poſt manumiſſionem durare, & ea cauſa quandoque agi de eo quod intereſt, libertum habere; non quod interſit,aut æſtimari poſſit,ſed quaſi dolo venditoris ſeruum non habeat,*l.1.§ ſi rem depoſitam, ſup.depoſ.l.ſi ſterilis*,21.§. *cum per venditorem,in fin l.Titius,*43.*verſ.reſpondit,ſup.de action.empt.l.ſi alius,7.§ eſt & alia,in fin.l.is qui,* 11. §. *ſi poſtea quam inf. quod vi aut clam.* manumiſſio enim vel euictio non ſunt modi finiendæ,quæ ſemel nata eſt ex empto actionis, *d.§.ſi Titius,l.euicta,16.§.ſi ſeruus,l.ſi ſeruus,21.l minor,39.§.penult.l.habere,57.inf.de euiction.l.obligationum,44.inf.de oblig & act.* Et hoc plane vult Paul. hoc loco.

AD L. INSVLAM. 6.

HÆc lex eſt facilis. Quidam aiebat ſe inſulam ea lege vendidiſſe vt emptor loco pretij aliam ſibi reficeret: reſpondit Neratius ven-

ditionem male appellari quæ ſit ſine pretio pecuniave numerata. Poteſt quidem aliud emptioni accedere idque pars venditionis vel pretij eſſe: *l. quod ſi nolit. 31. in fin. inf. de ædilit. edict.* at ſine numis vtique nulla emptio venditio eſt. Ergo proprium eſt negotium, *do vt facias,* ex quo competit actio præſcriptis verbis. Hæc Neratij ſententia refertur à Pomponio *in l. 6. ſup. de action. empt.*

AD L. SI TIBI. 7.

EAdem explicatio eſt huius legis atque §. *at cum do. verſ. quod ſi tale. ſup. in l. 5.* Hoc tantum reſtat hoc loco explicandum quod ait confeſtim agi præſcriptis verbis poſtquam ceſſaueris. Generaliter pro omni obligatione tenendum eſt, ſi ea ſit pura, ſtatim vt ceſſatum ſit, id eſt, modo tantum temporis abierit vt potuerit dari vel fieri; agi poſſe, interpellatione nō neceſſaria, *l. 2 §. confeſtim inf. ad Se. Tertul.* ſi in diem, eo præterito omnino ſtatim agi poſſe, non expectato vltra vt ceſſatum ſit; *l. ſi duo. 16. in fin. cum l. ſequ. de pecun conſtit.* quia ſatis dum expectatur & labitur dies, ceſſat is qui debet. Si ſub condicione ſit obligatio, non ſtatim poſt condicionis euentum ſed amplius poſtquam ceſſatum ſit, agi poteſt: Nam agi non poteſt ante ceſſationem: ceſſatio vero dici non poteſt ante condicionis euentum, cum nec dum debeatur. Omnis qui debet ceſſat, qui non debet nō ceſſat. Ceſſatio eſt aliquod tēporis momentum quod ineſt ſeu debitori indulgetur antequam conueniri vel per interpretationem in mora conſtitui vel quam poſſit pœna committi, propter impedimentum naturale, *dict. §. at cum do. l. diuortio. 35, ſup. de negot. geſt l. quid tamen, §. vlt. ſup. de recept. qui arbit. l. non omnis, 19. in fine princip. ſup. de reb. cred. l. cum quidam, 24. in fin. inf de legat. 2. l. 5. §. primo infra de collat bon. l 5. de leg. 2. l. 1. in fine. infra de penu legat. l. libertus, 17. inf. de manumiſſ. teſtam. l ſi peculiū, 20. in fin. l. ſeruus, §. 1. inf. de ſtatulib. l. ratum 13. l. quod dicimus, 105. inf. de ſolution. l. ita ſtipulatus, 115. § Item ſi quis l. liber homo, 118. §. primo, lege continuus, 137. §. illud, infra de verb. oblig. lege cedere, 213. inf. de verb. ſignif. l. quotiens. 24. inf. de oper. libert. §. vlt. inſtit. de inutil. ſtip.* Ceſſatio eſt etiam ſine mora: mora vero non ſine ceſſatione. Mora proprie committitur ex vtriuſque partibus, creditoris opportuno loco poſt ceſſationem interpellantis, & debitoris nec dum tamen ſoluentis nec ad interpellationem

tionem reſpondentis aut ſatisfacientis, *l. ſi ſoluturus, 38. inf. de ſolution. Paulus libro ſentent. 3. titulo* 8. *in fine.* Ex qua mora demum veniunt vſuræ vel id quod intereſt in bonæ fidei iudiciis, vel etiam periculum debitoris de eo quod debet, *l. mora, 32. in principio, & §. 1. infra, de vſuris, l. non amplius, 26 §. 1. l. Titia, 36. §. vltimo, infra de legat. 1. l. ſi ex legati cauſa, 23. infra de verborum obligationibus.* Cæterum mora etiam nihil eſt, & ad ceſſationem plerumque redigitur; niſi continuetur vſq; ad iudicium vel eo occupetur: cum purgari à reo poſſit debitum offerendo vel ſui poteſtatem faciendo, ſi omittatur debiti repetendi inſtantia, *d. l. ſi duo, 16. in fine, cum l. ſequent. ſupra de pecun. conſtit l. Illud, 17. ſupra de peric & commod. rei vend. d. l. mora, in fine princip. l. ſciendum, 21. l. ſi quis ſolutioni, 24. infra de vſuris, l. 2. in fine, inf. quibus ex cauſis in poſſ eat. l. Celſus, l ſi reus, 73. ſupra de Procur. l. vltima, ſupr. de recept. & qui arbit. recep. l. interdum, 73. §. vltimo, l ſi inſulam, 84. l. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur, infra de verborum obligationibus, l. qui decem, 72. §. primo, in fin. inf. de ſolution* Notandum eſt igitur ante moram agi poſſe, cum & ante litem conteſtatam niſi perſeueret actor interpellando, nulla ſit mora, vel omnis mora purgari poſſit: quo pertinet *l. 2. C. de iure emphyt. l. 3. infra de vſur.* ante ceſſationem vero agi non poſſe. Hoc perſtringit etiam Marcianus *in dict. l. mora,* cum ait, quæſtionem de mora magis facti eſſe quam iuris. Nam quæ facti ſunt, ea neque certum principium, certamue definitionem aut certum terminum habent; vt habent ea quæ ſunt iuris, *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor. l de acceßionibus* 14. *inf. de diuerſ. tempor. præſcript.* nec diſtinguo in iſta quæſtione vtrum ſit cauſa dandi vel faciendi, *dict l. quod dicimus.* 105. *inf. de ſolution. & dict. leg diuortio.* 35. *ſup. de negot. geſt.* niſi quod temporis ſpatium vt maius requiritur operi faciundo vel inchoando vel præparando, quam ſolutioni; ita maius ante actionem petitionemve operis, quam ad pecuniæ numerationem: ideoque & res quæ pure debentur, plerumque dicuntur ſtatim peti poſſe, quaſi tam breuis momenti ratio in iure negligenda ſit; quæ vero ſunt facti, non ſtatim de his agi, ne tractus longioris ratio prætermittatur, *l. ſi ita, 14. l. ſi inſulam, 84 inf. de verb. oblig.* Amplius quædam facta neceſſariam habent interpellationem, ſeu quod boni viri arbitratu fieri debeāt, verbi gratia bonorū collatio à filio emancipato facienda; *l. 5. §. vlt. inf. de collat. bon.* ſeu quod debeātur plane ex commodo creditoris, qui ideo prius indicere & ſignifi-

M 2 care

care debeat, quando velit ſibi ſolui, vt operæ a liberto debitæ ex commodo patroni, *l. ſi quis, 13 §. 1. d. l quotiens, 24 inf. de oper. libert.*

AD L. SI DOMINVS. 8.

SEruo quæſtionis de eo habendæ cauſa dato, datio eſt ex parte domini: lex vero dationi dicta formatactionem aduerſus accipientem, *L. in traditionibus, 48. ſup. de pact.* hæc vero fuit de ſerui æſtimatione reddenda ſi is non conuinceretur furti, cuius arguebatur: quorſum æſtimatus datus eſt. Conuentio quidem de ſeruo reddendo, per ſe contractum proprie facere non poſſet, quæ nihil naturali æquitati amplius habet; Ideoq; omiſſa eſt, æſtimatio vero quę aliud eſt à ſeruo tradito, vel ſi quid amplius conuenit; id proprie contractum facere poteſt, ideoque expreſſa eſt de eo conuentio. Cæterũ quæ actio propria eſt ad aliud, quam quod datum eſt vel ad id quod actoris intereſt datum vel factum eſſe à reo id quod conuenit; repetendo etiam ſeruo communis eſt: quia obligatio ob rem dati actioni præſcriptis verbis ineſt. Hæc principalis huius legis quæſtio eſt quanam actione pecunia, ſi eam dominus elegerit, peti poſſit: ſed eam non ſtatim decidit Papin. Statim quidem agnoſcit ciuiliter agi poſſe, ſed ea non de propria actione definitio eſt: quippe cum etiam certæ ex certis contractibus actiones ciuiles ſunt. Sic tantum definit hoc negotium ciuile ſeu contractum eſſe: *licet aliquo caſu ſeruum retenturus eſſet qui traditum accepiſſet*, inquit. Quo caſu de furto compertum ſit, aduerſus eum, qui ſeruum accepit, obligatio non eſt, ſed noxæ deditio: quo vero compertum non ſit, ſed dominus ſeruum elegerit; eſt quidem obligatio, ſed ob rem dati tantum, non ciuilis aut proprie ex contractu. Et is Papiniani ſenſus eſt in iſto diſſentaneo, quaſi neuter caſus contractui ſufficiat. Ait, *tūc enim & datam æſtimationem reddi a domino oportet.* Hoc vt proximum, ſic referendum eſt ad proximum ſuperius; *ſiue in admiſſo deprehenſus fuiſſet*: quo caſu nunc vult amplius dicere, quam quo dominus ſeruum elegerit, licet æque ſerui repetitio contractum non faciat. Quo caſu de furto compertum non eſſet, quamuis dominus æſtimationem, quæ proprie contractum facit, ſeruo poſt haberet; non tam longe diſcederetur à contractu: cum & contractus non improprie de ſua re repetenda vel tanto eiuſdem generis eſſe poſſit. Nec vero eodem caſu,

caſu æſtimationem domino datam, ab eo reddi oporteret: tantum facultas ſerui eligendi illi adempta eſſet. Quo caſu vero de furto compertum non ſit, eo nec eſt quod dominus eligat, & quod amplius, ſi æſtimatio illi prorogata fuerit, eam reddere debet. Si quo caſu de furto compertum non ſit, & dominus ſeruum elegerit, non videtur proprie contractus fuiſſe; multo minus videtur fuiſſe, quo caſu de furto compertum ſit: quoniam eo ne ſeruum quidem dominus repetere poteſt. Verum hoc totum non obſtat, quominus ſi compertum non ſit & petatur æſtimatio, contractus ab initio ſtetiſſe videatur ex conuentione, cui datio ſubeſt: quia non ex poſtfacto aut caſu contractus æſtimandus eſt, ſed ex initio ſeu conuentione, *l.3.§.ſcio, ſupr. de minor. l.1.§.idem Pompon. & §.item ſi ſeruus ſupr. depoſit. l.ſi Procuratorem*, 8. *in princip. ſupr. mandat. l ſi id quod*, 58. *§.ſi filius, ſup. pro ſocio.* Eſt igitur contractus, ſed conditionalis iſta tacita conditione, ſi de furto compertum non ſit, & dominus ſerui æſtimationem elegerit. Tantummodo quærendum eſt quis ille contractus, certus an incertus, & quæ actio, certa an incerta: deciſio adeo facilis, vt interpretatione non egeat. Porro ſi eodem ordine vel iure deberetur ſeruus & æſtimatio, ſi condictio vtilis vna eademque cum actione præſcriptis verbis eſſet, vel ſi vtraque æque principalis eſſet, vtraque ſeruus aut æſtimatio deberetur, & ſic concurrerent; certe vt alias cæteris paribus cuiuſque debitoris, hic etiam eius qui accepit, electio eſſet vtrum dare vellet, ſeruum an æſtimationem, *vt in l. plerumque*, 10. *in fine, infra de iure dot. & l.2 §. Scæuola, ſupr. de eo quod certo loco, l. ſi in emptione*, 34. *§. ſi emptio, ſupra de contrahend. emptione*, ſed tantum actioni de æſtimatione, quæ proprie eſt præſcriptis verbis, ineſt, non etiam per ſe eſt ſerui condictio. Neutra actione ſic directo agitur, ſeruum aut æſtimationem dari; ſed directa agitur æſtimationem, vtili ſeruum dari. Neutra igitur conuentus debitor eligere poteſt vtrum det, ſed creditor poteſt vtrum petat, quia in eius poteſtate eſt vtra actione agat, *l. ſi ſeruus legatus*, 108. *§. cum homo, infra de legat. 1.* Aliter atque, *in dicta l. ſi in emptione, & dict. l. plerumque*, vbi nominatim conueniſſe dicitur, vt aut æſtimatio aut res præſtetur. Sic diuerſa eſt cauſa voluntatis expreſſæ & eius quæ ineſt, *l. eum qui*, 138. *in fine, infra de verborum obligationibus.* De periculo ſerui in hoc caſu non decidendum eſt ex rogatione dantis vel accipientis.

Neuter enim rogat, ſed vterq; iure ſuo vtitur, accuſator cũ poſcit ſeruum ad quæſtionem, ob cõiecturas quas profert de eius furto; dominus cum vult ſeruum æſtimatum eſſe, ſi forte de furto non comperiatur & ſeruus per quæſtionem corruptus vel deterior factus ſit. *Paul. lib. ſentent. 2. tit. 4. in fin. & lib. 5. tit. 16. l 8. Cod. de teſtib. l interrogari. 15. C. de quaſtion. l. certo. 13. inf. de quaſtion.* Sed hac de re decidendum eſt pro exitu quæſtionis cuius habendæ cauſa datus eſt: ſi in admiſſo deprehenſus non ſit, periculo erit accipientis, quaſi ex iniuſta cauſa acceperit; ſi vero deprehenſus ſit, periculo erit dantis, quatenus ſeruus per maleficium poteſt deteriorem domini cauſam facere, *l. 1. §. quod igitur, de vi & vi arm.* vbi ſine conuentione ſeruus ab accuſatore deductus ſit quæſtionis habendæ cauſa, & tortus deinde abſolutus; hoc caſu ciuiliter quoque agitur; ceterum non ex contractu, ſed ex lege Iulia de adulteriis, qua accuſator ob calumniam condemnatur in duplum ſerui pretium *l. vlt. ſup. de calumniat. l. 6. Cod. eod. l ſi poſtulauerit, 26. in fin cum l. ſeq. inf. ad leg. Iul. de adult.* Huc etiam adfertur *l. pen. ſup. de condict. cauſ. dat.* vbi ſeruus Attio torquendus datus eſt eadem ex cauſa atque in hac ſpecie, cæterum non æſtimatus; adiecta vero lege quæ in hac ſpecie adiecta non fuit, vt ſi furtum repertum non eſſet, domino redderetur: Attius eum non torſit; ſed quaſi conuictum præfecto vigilum obtulit puniendum, de eo ſeruo ſummo ſupplicio affecto dicitur agi poſſe dari oportere: *Quia*, inquit Pomponius, *& ante mortem dare tibi eum oportuerit*: quaſi abſolutus ſit ſcilicet is cuius de furto compertum non eſt, ideoque ad Attium ex iniuſta cauſa peruenerit; deinde per Attium ſit quominus reſtituere poſſet. *dict. l. penult. l. 5. ſup. de reb. credit. l. ſi in Aſia 12. §. vlt. ſup. depoſit. l promiſſor. 23. ſup de pecun. conſtit. l. ſi ſterilis, 21. §. cum per venditorem, in fin. ſup. de action. empt. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur, inf. de verb. oblig. l. ſi à colono. 58. §. inf. de fideiuſſ. de quo & ſequitur infra, in leg. qui ſeruandarum, 14. §. ſed et ſi.* Poſtremo ad id quod ſequitur, notandum eſt differentiam inter contractus certos & incertos, nam in omnibus certis nota & certa eſt ipſo nomine certo ſubſtantia. Ideoque per ſe notum & certum quid illius iudicij poteſtate veniat: *l. in emptionibus, 43. ſup. de pact. l. ex empto, 11. ſup. de action. emp.* In certis vero ſi lex contractus lateat, id eſt, ſine conuentione aliunde certa quam ex nomine, non agitur; quia per nomen ipſum nihilo magis tenemus

quid

Digitized by Google

quid alter alteri præſtare debeat, quam ſi nullum nomen haberent: quare dicuntur incerti.

AD L. OB EAM CAVSAM, 9.

DEbitor per acceptilationem liberatus eſt ea lege, vt creditori viciſſim ſuum debitorem Titium delegaret. Aio hanc ſpeciem eſſe, *do vt des.l.ſpecies*, 11.*inf.de acceptil. ſpecies acquirendi eſt.inquit Paul. liberare dominum obligatione. Et ideo fructuarius quoque ſeruus liberare, acceptum rogando, fructuarium poteſt.Quia ex re eius videtur ei acquirere*, &c. Idem *in l.3. ſupra,de calumniator.l.inter*, 26.§.*ſi is qui ſup mandat. l. 4. infr. qui potior.l.promittendo*, 41.§.*primo,l.licet*,43 §.*primo,li. vir. ab eo*.49. *in fin.l.ſi mulier*, 77.*infra de iure dot.l.cum hic ſtatus* 32.§.*ſiue autem,infra de donation.inter virum & vxorem, l.ſi fundum*,81.§. *Titio,l.huiuſmodi*,84.§.*ſi ita,infra de legat.* 1. *l*. 3. *infra de legat*.3.*l*. 7.§ *primo, l.ſi is qui*,29.*infra de liberat. legat. l in adibus*, 9. *infra de donation.leg. mortis cauſa capitur*,31.*in fine,infra de mortis cauſa donation.l.in tantum*,18.*cum ſequentibus,infra de liberal. cauſ.l amplius*,15.*inf.rem rat.haber.* Eadem ratione dicitur emptor, qui rem æſtimatam vel in ſolutum ſibi debitæ quantitatis accepit, quaſi eius rei tantum pretium ſoluerit quantum non accepit, *l eleganter*, 24.*ſup.de pignorat. act. l. plerumque*, 10.§.*ſi ante, l.quod ſi* 15. *cum l.ſequent.infra de iure dot.l*.4. *Cod.de euict.* Eadem ponitur acceptilatio inter exempla perfectæ rei, non minus quam ſtipulatio numeratione ſecuta, *in l.metum*,9.§.*ſed quod Prætor,ſupra quod met.cauſ.* Se vero circumueniunt (vtinam ne etiam alios) qui probare putant ex *l.ſi mandatu*, 45. §.*quotiens,ſupr. mandat.* hic ſpeciem eſſe, *facio vt facias*, hanc obiectionem primum cum illis muniamus. *Quotiens ante pecuniam ſolutam mandati agi poſſe diximus*, inquit Paulus faciendi cauſa, *non dandi tenebitur reus*. Qui mandato alicuius emit, qui negotia alicuius gerens creditoribus eius promiſit, qui aliquem iudicio ſiſti promiſit; is antequam conueniatur ab his quibus ita obligatus eſt, dominum conuenire poteſt, non vt is det aut ſoluat ſibi quantum pro eo debet: quia non plus fideiuſſor, mandatarius aut negotiorum geſtor conſequi debet mandati vel negotiorum geſtorum iudicio, quam quod ſoluerit, *l. inter cauſas*, 26. §. *præterea, ſupra mandat.* ſed tantum, vt pro ſe obligationem ſuſcipiat, vel ſe defendat. Idem *in leg. vltima, infra de contrar. & vtil. act. tut.* denique fideiuſ-

fideiuſſorem præſtare, eſt tantum facere, *l. rogaſti*, 19. § 1. *inf. eod.* Si ſuſcipiendæ obligationis non eſt cauſa dandi, ſed tantum faciendi; nec videtur cauſa liberationis vel delegationis, de quibus hic agitur, cauſa dandi, ſed tantum faciendi. Qui ſic argumentantur, nec nobis oſtendunt quam parum cauti ſint in iure ciuili intelligendo vel interpretando, quam non tuto loco futura ſit penes illos noſtra fides in cæteris partibus iuris quoque explicandis. nunquid hæc de faciendi cauſa ſpecialiter ibi notat Paulus habere locum ante ſolutam à mandatario vel fideiuſſore pro domino ſeu debitore pecuniã? id eſt vbi nõdum liberatus ſit dominus ſeu debitor, vbi ſub conditione debeatur mandatario vel fideiuſſori, ſi pro domino ſeu debitore ſoluerit de quo *in l. Luc. Titius*, 38. *eod.* quaſi alibi aliud ſit, vt aliud eſt *in l. Idemque*, 10. §. *fideiuſſores*, & §. *vlt. l. ſi vero*, 12. *l. qui mutuam*, 56. § 1. *inf. eod l fideiuſſor*, 45. *inf. de fideiuſſor. l. quod dicimus*, 105. *de ſolution. l. eleganter*, 24. §. *ſi vendiderit*, *ſup. de pignerat. act.* Iniquum eſſet debitorem creditori manere, & fideiuſſori tamen teneri ſoluere. Quam vero diſerte Paulus *in dict. l. inter cauſſas*, § *ſi is qui*, *ff. mandat.* à nobis ſtat in hac ipſa ſpecie vbi agimus vt acceptilatione ſi pro datione ſeu numeratione. *Si is qui fideiuſſori donare vult, creditorem eius habeat debitorem ſuum, eumq́; liberauerit*, inquit, *continuo aget fideiuſſor mandati, quatenus nihil interſit, vtrum numos ſoluerit creditori an eum liberauerit.* Et Vlp. *in d. l. Idemque in fi. Si fideiuſſori donationis cauſa acceptum factum ſit à creditore*, inquit, *puto ſi fideiuſſorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem.* Non recte intenderet mandatarius ſibi dare oportere quod nondum ſoluit, *l. 1. ſupr. de condict. ſine cauſ. l. 7. in fin. inf. de reb. auctorit. iudic. poſſ.* vt nec dominus ſibi dari oportere id agere poſſet quod mandatarius emiſſet, cuius pretium à ſe ſuove nomine nondum ſolutum eſſet, ſed tantum ſatisfactum: cum & ſi ante diem ſoluerit mandatarius quod in diem deberetur, ante diem petere non poſſet, *l. ſi mandauero*, 22. *in princ. l. fideiuſſor*, 51 *ſup. mandat. l. ſi fideiuſſor*, 31. *inf de fideiuſſ* Quo fit vt dominus mandatario teneatur faciendi tantum cauſa, id eſt ab eo amouendæ & in ſe ſuſcipiendæ obligationis non etiam extinguendæ ipſo iure aut aduerſus omnes, quod demum proprie ſoluere & tollere eſt. Id vero adeo non obſtat quominus hic ſit ſpecies, *do vt des*, vt etiam iuuet quo magis; & ſi alibi ſit tollere cauſa faciendi, hic tamen ſit dandi, nam quemadmodum recte intenderet creditor

creditor debitorem ſibi dare oportere, ſic per acceptilationem, quæ ipſa iuris eſt, eum non facto liberat modo, ſed etiam datione & iure. Sic mutua vice funguntur quæ tantundem præſtant, *l. 6. ſup. de reb cred.* poſtquam liberatio eſt de eo quod debeatur, conſequens eſt vt liberatio facti ſit ſi debitor liberetur à cauſa faciendi; dationem vero & iuris ſi liberetur à cauſa dandi. Eſto igitur vt fideiuſſoris qui non ſoluerit, liberatio ſit tantum facti, quia faciendi tantum cauſa non dandi teneatur illi reus: certe liberatio ipſius debitoris qui teneatur dare, dationis erit. Imo amplius omnis acceptilatio iuris eſt: quia omnis ſtipulatio quam ipſo iure ſoluit, iuris eſt & ſi factum contineatur: non poteſt ipſum ius niſi ipſo iure tolli. *l. ſi vnus, 27 § pactus, ſup. de pact. l. prout, 80. l. verborum, 107. infra, de ſolution* At omne ius, dationis ſeu pro datione eſt: nulla datio altius ire poteſt iure, & omnis datio quid amplius facto eſt hac tantum qua iuris eſt. Deniq; ſeu dationem ſeu ius dicas, id nomine eiuſdem rei opponis facto: ideoque etiam factum quod in ſtipulationem deductum ſit, recte dicitur acceptum fieri; ne quis hic diſtinguendum dicat, vbi non diſtinguit Papinianus. iuriſperitus ſi diis placet, erit qui iuri ciuili cauſam dandi denegat? Qui igitur eam reſeruat? nunquid naturali, quod ex diuerſo ciuilis, omnino dicitur factum? *l. nec ſeruus, 41. ſup. de pecul.* nemo ciuiliter acquirit ſine datione, atqui acceptilatio ſpecies acquirendi à iure ciuili eſt, *d. l. ſpecies, dict l. verborum.* Quemadmodum vero datione liberat creditor debitorem, vel per acceptilationem ei videtur dare, ſic etiam debitor alia datione debitorem ſuum delegat creditori, vel per delegationem dat, nam delegatio minus quam acceptilatio, ciuilis eſt, *l. quod debetur, 51. de pecul. lege qui libertinus, 37. § ſed ſi infra, de oper. libert. dicta lege, inter cauſas, 26. §. abeſſe, ſupra, mandat. lege, vt mihi, 21. infra, de donation. lege, mortis cauſa, 18. §. 1. infra, de mort cauſ. donat. lege, qui debitorem, 18. inf. de fideiuſſor lege, verbum exacte, 187. inf. de verb. ſignif. Caius lib. inſtitut. 2. tit. 9. §. ſi quis nobis. delegationes nominum in emancipatum collata perfectam donationem actionum efficiunt, l. cum de bonis. 11. cod. de donat. eodem facit l. quamuis. 8 § interdum & §. plane, ſup. ad S. Velleia.* Sed qua nã proprie ſit cauſa dãd quęve faciendi, non mirum eſt hic neſcire cum interpretẽ qui *in l. in rem, 18 ſup. de compenſat*, nõ ita diu publice faſſus eſt ſe neſcire cur procurator in rem ſuã datus ante litis conteſtationem, ſi conueniatur,

æquitate compenſationis non vtatur, cum nomine ſuo vtilem actionem habeat. Qua in re habet iam per me *ſupra in l.5.§.quod ſi faciam,* quod ſe nuper didiciſſe glorietur. Sed ſi paulo longius hæc habeat, & à me rurſus forte ignotas iuris rationes diſcat, quid, rogo, ſibi vult Iulianus, *in l.ſi debitor,11.infra de liberat.legat.* cum ait, ſi debitor fideiuſſorem ſuum ab hærede ſuo liberari iuſſerit, legatum non inutile eſſe; quia fideiuſſoris interſit potius agere ex teſtamento, quam ex priſtina mandati obligatione? *Manifeſtum eſt,* inquit, *quantum promiſſoris interſit liberari potius, quam præſtare ex ſtipulatu, deinde mandati agere.* Idem *in l.ſi cui,49.§.ſed ſi infr. de legat.*1.quid tantopere commendat Vlpian. illud Celſi vt elegans, cohæredem & ſi non ſoluit, habere iudicium familiæ erciſcundæ, vt cogatur cohæres ſoluere, cum alias non liberaturus ſit rem creditor, niſi in ſolidum ei ſatisfiat, *l.his conſequenter,18.§.Celſus, ſupra famil. erciſc.* nunquid eleganter dictum in loco idem eſt ſingulariter dicto, *vt in l. querebatur,82.infr.ad legem Falcidiam, ex l.in mortis,22. infra de mort. cauſ. donat.* contra regulam iuris, *l actus,77 infra de diuerſ.regul.iuris.* At contra quam communiter regulariter, *vt in l.ſi filia,20.§.1.& 2.in l.haredes,25.§.contra,§.idem iuris, in l.inter,44.§.vſufructu & §.vltimo, eodem titulo In l.frater,38. verſic.idque maxime, ſup.de condict indeb l.ſed ſi 9.§.vltimo, ſupr.de pecul l.1.§.quamuis, l.2.§.1.infra de collat.bon.l.ſi vero.12.in fine, l.Iulianus 48.ſup.mandat.l ſi ſocii,28.ſupr.pro ſocio, l.3.§.1.infra de contr.& vtil.act.l.5.infra de ſtatulib* & paſſim, vbi regulare eſt in iudiciis nihil venire vltra res ipſas, quibus de principaliter agitur, & ſi quid in his damni iam datum factumue eſt, ſiue quid eo nomine aut abeſt vni aut ad alterum peruenit ex re non ſua, aut quatenus non ſua, *l.tertia, ſupr.commun.diuid.* Si vero quid pendeat, nondum dato factoue damno, vel nondum ſoluto acceptoue; tunc quia æquitatem deſiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iuſtis decretis rem temperari, & cautiones tantum interponi, cum ſolutum acceptumue fuerit, reddi, *l.in ambiguis,85.§.vltimo, inf.de diuerſ.reg.iur.l.filiusfam.114.§.apud Marcellum, inf.de legat.1.l.in quantitate,73.§.magna, inf.ad leg.Falcid.l.1. §.ſi hæres, infra ad Sc.Trebellian.l.pro ſocio,38.ſup.pro ſoc.l.3.infra de tutel.& ratione diſtrah.* Nunquam vero niſi ſpecialiter & magna ex cauſa ante ſolutionem à ſe factam agi, vt à ſocio aut alio ſoluatur. Qua ratione ſatis excluditur actio dari oportere, antequam datum vel ſolutum ſit: quam tamen in iſta ſpecie excludere.

Digitized by Google

eludere non poſſumus, poſtquam fruſtra acceptum fertur id quod nondum debetur, fruſtra delegatur ad puram actionem vel conuentionem qui nondum debet, *l. legata, 41. infra de conditione & demonſtrat. d. l. actus, 77. inf. de diuer. reg. iur.* Si ſine acceptilatione creditor debitori debitum hic remiſiſſet, vt ille ſibi nomẽ quod aduerſus Titiũ haberet, cederet vtrinque cauſa faciendi eſſet: Si creditor per acceptilationem debitorem liberaſſet vt ſibi nomen cederet; ex parte creditoris cauſa dandi eſſet, ex parte debitoris cauſa faciendi: quo vtroque caſu tamen actio præſcriptis verbis competeret, *vt ſup. l. 5. §. at cum do. & §. ſed ſi facio.* Si vero creditor ſine acceptilatione debitori debitum remiſiſſet, vt ſibi debitor nomen Titij delegaret; nihil ad actionem egiſſet priſtinamque obligationem retineret: quia cauſa facti quæ verſaretur ex parte creditoris, impar nec idonea eſſet obligationi ad dandum. Acceptilatio vero ex vna parte & delegatio ex altera, æque vtrinque cauſam dandi faciunt: quia æque Iuris ſunt. Abeſſe quidem videtur iam mandatario id in quo obligatus eſt, quia res iam non integra eſt. *l. plane, 34. §. quod ſi rem, inf de lega. 1. l ſi filioſa. 25. inf. ſolut. matrim.* omnino tamen adhuc factum eſt, quia res adhuc imperfecta eſt, nec dum conſummata, quandiu pecunia ſoluta non eſt. *l. facere, 28. eod. l. 9. §. ſed quod. ſup. quod met. cauſ. leg. Papinianus, 23. inf. de donat. int. vir. & vxor.* fateor quidem ſi acceptolatum ſit quod ſtipulationis nomine hypotheca obligata vel ſine ſtipulatione accepta erat; ſolutionis verbum non proficere ſatiſdationis ſufficere: *l. ſolutam. 49. in fin. inf. de ſolution.* quia ſic non acceptum fertur quod ſtipulationis nomine debetur, nec debitor liberatur, ſed hypotheca tantum; quod omnino præter naturam acceptilationis eſt, queadmodũ hypothecaria actio extra naturam ſtipulationis: *facit l. 3. in fin. inf. de legat. 3.* at hic vbi dicitur accepto liberatus debitor, non accepto liberata hypotheca, non cautio exacta; rogo quid impedimenti eſſe poteſt quominus verbum ſolutionis proficiat, vt videatur debitor tantum accepiſſe quantũ ei acceptũ factũ ſit? Amplius fateor ipſum quoque debitorem per acceptilationem liberari poſſe, nec tamen ipſo Iure aut datione, ſed facto; puta ſi re cõtracta aut naturalis ſit obligatio, quæ ſolutione eius quod debetur, id eſt, naturaliter ſoluenda ſit. nam ibi per acceptilationẽ hoc tantũ ſoluitur obligatio quod Iuri ciuili ineſt etiam naturale, acceptilationi

N 2 ineſt

ineſt etiam pactum, niſi contra ſenſum ſit, *l. Stichum, 95. § naturalis, inf. de ſolution. l an inutilis, 8 in princ. & §. vlt. inf. de acceptilat.* Sic in conditionibus (quibus nihil magis, nihil diligentius propriam formam exigit.) *Iulianus ait, ſi haredi legatarius cui ſub conditione legatum erat, ſi haredi decem dederit, id quod ei deberet, hares accepto tuliſſet*; inquit Paul *in l Iulianus, 45. inf. de condit. & demonſtrat. non quidem videri conditioni paruiſſe quaſi dederit; ſed quaſi per haredem ſtet quominus pareat, poſſe petere legatum, quaſi extiterit conditio.* Hoc vero loco, vbi nihil ſpecialiter dicitur, quominus debitor ipſo iure aut proprie per acceptilationem liberatus ſit, id eſt is debitor, qui ex ſtipulatu debebat; nihil certe afferri poteſt, quominus acceptilatio ſit loco dationis aut ſolutionis. Quemadmodum generaliter ſi quis ſcripſerit ſe fideiuſſiſſe, omnia videntur ſolenniter acta, *l. ſciendum, 30. infr de verbor. obligat.* Sic etiam hoc loco, vbi generaliter & ſimpliciter ſcriptum eſt, debitorem liberatum eſſe, hæc ſolennitas non fruſtra aut de ſatiſdatione vel faciendi cauſa tantum ſumenda eſt. Si igitur hic debitor principalis rei fideiuſſor eſſet, cuinam dubium eſſet, quin ſtatim mandati agere poſſet vt ſibi daretur? nunquid minus quam ſi creditor eum donationis cauſa liberauerit? quod reſpondetur *in d l. idemque, 10. in fin. d. l inter cauſas, 26. §. ſi is qui, ſup. mandat.* vtique enim primum reus principalis ipſo iure liberatus eſt, quod nō eſt is cuius hypotheca tantum dimiſſa eſt, aut qui re obligatus fuit; quamuis per acceptilationem liberatio vtrobique facta ſit: deinde non minus dationis eſt in ſpecie, *do vt des*, quam in donatione. Eiuſdem hominis idem fucus fuit magno ſtudioſorum numero factus ad eundem Papinianum, *in l. intra, 41. ſup. de pact. intra illum diem debiti partem mihi ſi ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram & te liberabo: licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori conſtitit*, inquit Papinian. iſte, ſi debitor ex pacto intra illum diem ſoluerit, per ſolutionem ait negotium ciuile contrahi, *do vt facias*, ex quo debitor præſcriptis verbis agere poſſit reſiduum ſibi acceptum ferri. de acceptilatione quam non ſit in faciendo, iam expeditum eſt: nunc totum hoc de contractu quam multo adhuc ineptius ſit, videamus. Credo ſane eum non legiſſe adhuc quod tam vulgare eſt in iure, qui ſoluit quamuis indebitum, adeo non videri contrahendi animum habere, vt potius diſtrahendi habeat, *§ is quoque, quib. mod. re contrah. oblig. §. item is, de oblig. qua ex contr. l ſi tibi, 20. ſupr. de rebus*

cred.

cred. l. 5. §. is quoque, inf. de oblig. & act. Forte dicturus eſt illis locis concludi tamen vt qui indebitum per errorem accepit, videatur obligatus quaſi ex contractu. & verum eſt: ſed, bone doctor, quaſi contractus aut naturalis obligatio, quæ ex re venit, de quo ibi dicitur, eſt ne idem atque hic negotium ciuile aut ciuilis obligatio? Quaſi contractus aut ex re obligatio eſt tantum naturalis, ſeu de eadem re recipienda quæ data eſt aut de tanto eiuſdem generis, vt ſupra ſæpius, & ſequitur adhuc *in l. penult.* hic vero eſt de alio, qui vtique formam habet à conuentione. Sed demum in eo quod indebitum per errorem quaſi debitum ſoluitur, locum huiuſmodi interpretationi dari poſſe, an idem etiam in eo quod reuera debetur, quale eſt in ea ſpecie qua de agimus? in indebito ita admittitur, quia quod vero non debetur, vero in eum ſenſum, quo potius is qui ſoluit, dare voluiſſet, ſi indebitum ſciuiſſet, à nobis detorqueri & transferri poteſt, qui ſenſus potius contrahendæ obligationis videtur futurus fuiſſe, quam donationis. In eo autem quod vero debetur, nihil ſic vacuum aut integrum eſt, quod ad contrahendam obligationem aut donationem interpretandam transferre poſſis. Illic cēſetur plus eſſe in veritate quam in ſoluentis opinione, hic cōtra minus in tua opinione, interpres, quam in veritate. Sic minus ſapis vt vides. poteſtne eadem numeratio obligationis tum ſoluendæ tum contrahendæ ſimul cauſam habere? Poteſtne creditor idem æs tum vt ſuum tum vt alienum accipere? Ex ea numeratione quæ prioris obligationis ſoluendæ cauſa facta eſt, nulla ad aliud obligatio ſequi potuit: quoniam ad certum finem ſemel propoſitum & directum alio amplius dirigi non poteſt, *l. tutor, 41. §. 1. infra de vſur. d. l. ſi tibi, 20 ſupra de rebus cred. l. legata, 14. infra de adim. legat. illud plane conuentione, quæ pertinet ad reſoluendum id quod actum eſt, perfici non poteſt, vt tu quod iam ego tibi præſtiti, contra mihi præſtare cogaris*: ait Neratius *in l. ab emptione, 58. ſup. de pactis, quia eo modo non tam hoc agitur, vt à priſtino negotio diſcedamus, quam vt nouæ quædam obligationes conſtituantur.* Si ſolutio eius quod debetur, non minus ad diſtrahendum pertinet, quam conuentio, vt à priſtino negotio diſcedatur; certe nec magis ſoluendo id quod debetur, perfici poteſt vt mihi tenearis, quam ita conueniendo. Atqui ex ſuperioribus locis patet ſolutionem æque ad diſtrahendum priſtinum negotium pertinere atque huiuſmodi conuentionem. Et Papinianus *in l. prima, infr. qui*

Digitized by Google

potior.in pig.hab. non vtique ſolutionum obſeruanda ſunt tempora, inquit, *ſed dies contracta obligationis.* Sic partis debiti ſolutio non cauſam per ſe, aut ex ſponte debitoris habet, ſed ex obligatione quæ ſoluitur, ad quam omnino referenda eſt, ne alioquin ſolutio non ſit. In id expreſſa eſt *l. ſi tibi*, 27. *Cod. de locat. Si tibi quæ pro colonis conducti prædii prorogaſti*, inquit, *dominus fundi ſtipulanti dare ſpopondit; competens iudex reddi tibi iubebit, nam ſi conuentio placiti fine ſtetit, ex nudo pacto perſpicis actionem iure noſtro naſci non poſſe*, facit *l.* 1. 2. *&* 3. *infra de ſolution.* Nam ſi conſtituto in re præſenti, quam in cauſam vel obligationem ſolutum velit debitor, locus amplius non eſt deliberandi conſtituendiue de alia ſolutionis cauſa, multo minus videtur eſſe debitori cum ſoluit, facultas de alio contractu ineundo aliaue obligatione acquirenda. Quod ſi omnibus qui interpretes iuris ciuilis agunt, id turpe futurum eſt, turpius tamen ei, qui adeo angitur, ne omnia ex contractibus non ad ſuum initium ſeu ad conuentionem, quæ præceſſit, referantur, vt regulam Catonianam vſque eo proiiciat, Is certe non purius verſatur in Iuriſprudentia quam ſcarabeus in media æſtate: dicebat ideo exceptionem, de qua ibi agitur, debitori, quamuis intra illum diem partem debiti non ſoluerit, ſi tantummodo obtulerit, Papinianum concedere intelligendum eſſe, quia ſi noluiſſet debitor, non ſolum pacti exceptionem, ſed etiam actionem (quam aperte negat in caſu illius legis) conceſſurus eſſet, qua debitor creditorem cogeret reſiduum ſibi acceptum facere, vtrum magis ridiculum eſt dicere ex eo pacto, *ſi intra illum diem debiti partem ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram & te liberabo*, pacti exceptionem debitori competere, etiam ſi intra illum diem non ſoluerit partem debiti: an vero illud, ſi intra illum diem partem debiti ſoluerit debitor, non ſolum exceptionem, ſed etiam actionem competere? Eo demum caſu debitor actionem habere poſſet, quo partem debiti intra illum diem ſoluiſſet, nec minus poſtea reſiduum ſoluiſſet: nec tamen eo caſu ex contractu aut conuentione haberet, quæ tantum indebiti condictio eſſet, *l. ſi quis*, 39. *ſupra de iureiurando, l. quinta, in fine, Cod. de pactis*, ecce Doctorem qui dicat ex contractu ſeu negotio ciuili habiturum eſſe, etſi ne reſiduum quidem ſoluerit ſolus creditor in eo caſu videri poteſt daturus, inquam. nihil enim viciſſim dat debitor, qui partem debiti ſoluit: ſeipſum tantum liberat. Citius quidem ſoluit, qui

qui ante diem ſoluit; qui vero citius ſoluit, plus ſoluit: non tamen plus ſolido ſoluit, qui partem tantum citius ſoluit: & citius ſoluere, non omnino plus ſoluere eſt; ſed quæſtio facti eſt, quatenus cuiuſque interſit citius vel tardius ſolui, *l. ſi ita, 43. §. primo, infra de legat. 2. leg. tertia, §. cum Pollidius, infra de vſuris.* Itaque poſtquam *in dicta lege intra*, nihil præterea expreſſum eſt, dico debitorem qui ante diem ſoluit, non dare, ſed tantum facere, *l. quatenus, 24. infra de diuerſ. regulis iuris, l. curator, 7. in fine, infra de curat. furioſ.* ecce igitur peritiam Doctoris: creditor promittit reſiduum ſe debitori accepto laturum, hoc eſt ſe daturum, ſi pars debiti intra illum diem ſibi ſolueretur, hoc eſt ſibi fieret; ille vero ait, cum debitor intra illum diem partem ſoluit, vt reſiduum ſibi acceptum feratur, eum dare vt ſibi fiat. Quid ſi debitor intra illum diem partem ſoluens, ne debitoris quidem cauſa quicquam facit, ampliuſue ſoluit quam debet? nam hoc tantum ait Papinianus. *Si debiti partem mihi ſolueris*, in eo nihil eſt, vnde videatur in diem debitum fuiſſe: quin vt ſimpliciter ait debitum, ſic ſimpliciter, id eſt, pure debitum accipere debemus. Imo etſi in diem deberetur, nudum pactum ſeu donationis pactum eſſet, *leg. prima, ſupra de tranſactionibus*, idque imperfectum. Pactum enim conditionale eſt: & ſi purum eſſet, non tamen præſens aut perfecta donatio eſſet ante acceptilationem, quæ promiſſa eſt ſecutam: nam etſi hæc ſuſtuleris, *ſi intra illum diem partem debiti mihi ſolueris*, creditor non ait ſe dare vel remittere, non acceptum facit, ſed ait ſe accepto laturum. *Acceptum tibi reſiduum feram & te liberabo.* Itaque nec debitor ante ſolutionem partis intra illum diem factam, exceptionem habet, nec creditor poſt ſolutionem cogi poteſt reſiduum acceptum facere. Donatio enim quantum imperfecta eſt, creditor non tenetur eam implere. Ad exceptionem quidem perfecta eſt ex nudo pacto puro, *l. in aditus, 9. infra de ſolutionibus*, & hoc loco erit poſt ſolutionem partis intra illum diem factam; ad actionem vero nunquam ſine ſtipulatione: & omnino res imperfecta eſt hoc loco ante acceptilationem ſecutam. Quandoque intra illum diem ſoluerit debitor, ſtatim exceptionem habet ex eo, quod quemadmodum acceptilationi ineſt pactum de non petendo, ſic promiſſioni de acceptilatione facienda ineſt promiſſio de remiſſione

ante

ante ſolutionem verò non habet, ne ſi intra illum quidem diem obtulerit, obſignauerit, depoſuerit; quia vtique ſolutum non eſt, *lege Celſus, 23. ſup de recept. qui arb. recep.* oblatum vero recuſari poteſt; quia nondum perfecta donatione, creditori volũtatem mutare, pœnitere & ſua actione agere licet, *l. ſi ego. 9. §. ſi res, l. mulier, 72. §. vlt. infra, de iur. dot. l. qui mortis, 30. lege Seia, 42. infra de mort. cauſ. donat. lege mortis cauſa, 15. infra de manumiſſion. lege 4. in fin. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* quod ad debitorem attinet, non ſolutionis ſed contractæ obligationis tempus ſpectandum eſt: quod ad creditorem vero qui nondũ donationem impleuit, cuiuſque in poteſtate eſt ne impleat, tempus impletæ conditionis ſpectandum eſt. Idque ad exceptionem tantum, nam ad actionem nullum erit vnquam tempus, *l. penult. inf. quæ res pign. dat. oblig non poſſ. l. 1. tit. ſequ.* Quid quod ſi creditor debitori accepto tulerit partem debiti vt ſibi reſiduum ſolueretur, debitore ceſſante poſſit nihilominus priſtina obligatione ſolidum exigere? quia acceptilatio nulla ſit ſub conditione, *ſi debitor intra illum diem ſoluerit, l. actus 77. inf. de diuerſ. reg. Iur.* nec aliter ſe habet acceptilatio in vlla donatione conditionali, niſi ſicubi non expreſſa eſt, ſed ineſt tantum conditio, *vt in dict. l. querebatur. 82. §. vnde eleganter, inf. ad leg Falcid.* Quod ſi acceptilatio ſuſpendi poſſet, ita demum videretur facta ſi debitor intra illum diem reſiduum ſoluiſſet, & voluntas creditoris vſque eo duraſſet: quia non vt in contractibus, & in donationibus initium ſpectamus, *l. in mortis, 22. l. non videtur, 32. inf. de mort. cauſ. donat. l. mortis cauſa, 15 inf. de manumiſſion. l. nec emptio. 8. ſup. de contrah. empt. lege, neceſſario, 8. ſupra, de peric & commod. rei vend.* nunc igitur vide Interpres, num creditorem antequam acceptum tulerit, Ius ſit pœnitere, quem ius eſt etiam poſtquam acceptum tulerit. Sed miſſas facio tuas affanias, poſtquam ſatis eſt tum Papiniano ſuam vtroque loco ſententiam tum Iuriſprudentiæ ſuum honorem aduerſus eorum maſtiga ipſum magis maſtigiam, vindicare, *Itaque Iudicis officio non vetus obligatio reſtaurabitur,* ait hoc loco Papinianus, *ſed promiſſa praſtabitur, aut condemnatio ſequetur,* non quòd obligatio quæ acceptilatione delata eſt, reſtitui in integrum non poſſit, aut cõtractui non inſit etiam dati repetitio, inquam. Contra enim *in l. 4 ſup de condict. cauſ. dat. quamuis, 8. §. ſi conuenerit, ſup. ad Sc. Velleian. dict. l. licet, 43. §. 1. inf. de iur. dot.* ſed qui magis in-

gis interſit creditoris q accepto liberauit, ſibi nomen Titii delegari, quo præſcriptis verbis actio directa eſt. Siquidem id contraxit ſeu dedit vt acciperet. Hæc lucri faciendi cauſa eſt, quod lucrum amittit ſi non ſibi præſtetur obligatio promiſſa. Itaque ni præſtetur, condemnatio ſequitur quanti actoris interſit præſtitam eſſe: quod quidem vt creditor qui accepto liberauit, primum egit & ſpectauit? ſic iudex primum debet iudicare. Cum contrahimus, non certamus de damno vitando, ſed potius de lucro faciendo, *lege actionum, 25 §. 1. inſ. de obligationibus & actionibus.* Eo omnino ſpectat actio præſcriptis verbis. Alioquin de re data eadem recipienda aut de reuocanda tantum obligatione inutilis fuit contractus cum condictio cauſa data ex obligatione ob rem dati ſufficere poſſet. Non tamen ei renunciat qui conuenit, vt pro eo quod acceptum fert debitori, nomen Titii ſibi à debitore delegetur, ſed id in ſubſidium tantum agit, tacite & ex noſtra interpretatione, non ſpecialiter, non principaliter, aut directè. I. C. ita cum vltro conuenit dari vt detur vel fiat, in actione præſcriptis verbis negant verti vt res recipiatur, ne lucrum non faciat actor quod ſperauit & contraxit: quia vix non pluris interſit dari vel fieri à reo id de quo conuenit, quem rem ſuam recipere. Quod ſi volumus tamen, nihil vetat ſic proſequi vt ipſe idem Papin. *in l. 7 ſup. eod. aut ſi nihil intereſt*, &c. Id eſt ſi non pluris, quam decem quæ dedi: & hic non pluris, quam quanti debitorem accepto liberatum non eſſe, quanti Stichum manumiſſum eſſe: & hic, quanti nomen Titii creditori delegatum eſſe. Nam de hoc ſemper intereſt quod datum eſt, ne is damnum patiatur qui dedit. Alioqui ſi nihil intereſſet, ne condici quidem poſſet. *l qui fundum. 32. ſup. locat.* Sed hoc directum non eſt ſeu ex contractu; ideoque I. C. condictioni naturali relinquunt, *vt ſupra in l. 5. in princ.*

AD L. Partis tertiæ 10.

LEx Iulia virum & vxorem alterum ex alterius teſtamento in fauorē matrimonii, id eſt etiamſi liberos non haberent, decimam partem bonorum teſtatoris capere permittebat: quin etiam capere vſumfructū tertiæ partis bonorum: & quandoq; liberos habuiſſent, eiuſdem tertiæ partis proprietatem. *Vlpianus Lib. Reg. ti. 15.* Cuius antiqui iuris, quod per Iuſtinian. ſublatum eſt *in l. 2. cod. de infirmand. per celib. & orbit. & decimar. leg.*

mar. leg. ſublat. exſtat tamen hic veſtigium & *in leg. penult. infra de vſu. leg. vlt. inf. de vſufr leg l. Legatum, 24. inf. de adim. leg.* nunc finge aliquis tertiæ bonorum partis vſumfructum vxori legauit. vſusfructus earum tantum rerum proprie eſt quibus ſalua ſubſtantia vti frui poſſumus. Qua ratione excluditur pecunia numerata: ſed S. C. factum eſt vt ſi earum rerum quæ ab vſu continentur, puta vini, olei, tritici, pecuniæ numeratæ vſusfructus legatus ſit, nihilominus valeat legatum perinde ac ſi earum rerum rectè vſusfructus eſſet, & ex eo legato res legatario tradantur cautionibus interpoſitis de ipſis rebus reſtituendis, cum vſusfructus ad legatarium pertinere deſierit, *Vlpian. de legat. leg. 1. ſupra de vſufructu ear. rer. quæ vſu. conſumuntur. hæredis bona ab eius creditoribus diſtracta ſunt, & pecuniam quæ ex æſtimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi cauſa.* intereſt vtrum legatus ſit vſusfructus bonorum an rerum ſingularum, *vt in dicta lege vlt. infra de vſufructu legat, leg. ſubſignatum 39. l. bonorum. 49. in fin. infra de verb ſignif.* itaque de pecunia quod præciditur hoc loco, intelligendum eſt poſt creditores dimiſſos: præterea puto ad vitandam huiuſmodi ſiue quæſtionem ſiue controuerſiam quæ erat inter Sabinianos & Proculianos, bonorum parte legata, vtrum rerum partes an æſtimatio deberetur, *l. non amplius. 26. §. vlt. inf. de legat. 1.* ita Iabolenum propoſuiſſe, *hæredis bona ab eius creditoribus diſtracta ſunt.* nam & ſi certæ rerum partes deberentur, hoc caſu ſatis eſſet æſtimationem præſtari. Sed & ſi ita ex facto inciderit, ea res Iaboleno cauſa eſſe potuit eiuſdem quæſtionis hoc loco vitandæ. Sequitur deinceps, *& per ignorantiam ſtipulatio prætermiſſa eſt.* Omnino duæ ſunt id genus cautiones, vna cõmunis de rebus quæ per naturam ipſarum vti frui poſſunt, vt de fundo, ædibus, iumentis; hæc talis eſt ſe vſurum fruiturum boni viri arbitratu, & cum vſusfructus ad eũ pertinere deſierit, reſtiturum id quod inde extabit; *l. 1. & hoc ti. ſup. quemadmodum vſufr. cau. Paul. lib. ſent. 1. tit. 11. & li. 3. tit. 6. ſent. vſufructu legato,* altera Senatuſconſulti propria de his rebus quæ vſu conſumuntur vel quaſi, vt de vino, oleo, tritico & pecunia numerata, quibus non ſtipulamur à legatario eum vt bonum patremf. vſurum fruiturum, ſed hoc tantum vt quandoque is mortuus aut capite diminutus ſit, eiuſdem quantitatis res, aut ſi res æſtimatæ ſunt, quanti æſtimatæ ſunt, reſtiturum, *leg. 7. leg. 9. l. 10. ſup. de vſufr. ear. rer.*

quæ

quæ vſ. conſumuntur, de qua cautione hic agitur. *Quæro an ab herede mulieris*, & cæt. in ceteris rebus etiamſi ſtipulatio per ignorantiam prætermiſſa ſit, ſupereſt vindicatio etiam conſtante vſufructu, vt retineri poſſint quouſque præſtetur cautio, *dicta lege 7. in princ. Sed & ipſa ſtipulatio condici poterit*, inquit ibi Vlp. At in legato pecuniæ, vindicatio non eſt nec ante, nec poſt finitum vſumfructum, cum tranſlatum ſit dominium: ſtipulationem vero nihil vetat condici naturali condictione incerti, *leg. 5. §. 1. ſup. dict. tit. l. Is qui plus, 31. ſupra de condict. indeb. l.* 2. §. *item ſi infra de donat. leg. in cauſa, 16. ſupra de minorib.* Sed præſens quæſtio eſt ſi nec ab initio exacta ſit ſtipulatio, nec poſtea condicta, quænam finito pecuniæ vſufructu ſit actio ad eam repetendam. Sabinus putauit ipſam quantitatem poſſe condici: quam ſententiam & dicitur Celſus probaſſe, & ait Vlpian. ſibi non ingratam videri *in dicta lege 5.* §. 1. ipſam quantitatem, perinde eſt in his quæ vſu conſumuntur, atque dominium in his quæ non conſumuntur. id de pecunia, de qua hic agitur, diſerte *Paul. in l. 1 ſup. de contrah. empt. Electa materia eſt, cuius publica ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret: eaque materia forma publica percuſſa vſum dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet quam ex quantitate*: Sed de cæteris idem rationis, idem iuris eſt, & quidem prius vel magis quam de pecunia numerata, in qua id poſt longam experientiam & longam permutationum difficultatem vſu hominum & re ipſa exigente conſilio & prudentia demum introductum eſt quod natura negauerat. nam in oleo, tritico & vino idem neceſſe eſt multo antè fuiſſe, quarum rerum dominium nunquam amplius fuit aut profuit quam vſus, poſtquam earum rerum vna eademque ſępius vti non potes, Denique hoc ratum ſit, quo vnumquodque conſumitur, id cuiuſque rei totum & ſummum eſſe, & quia pecunia quoque numerata quaſi vſu conſumitur, ideo in ea nihil ſupra vſum videri. Itaque hoc loco vt poſſet ipſa quantitas, id eſt ipſa pecunia condici, non ſine magno negotio effici poſſe videbatur, cum conſtaret nihil inter eos negotii reuera geſtum eſſe, nec indebitum ſolutum eſſe vt geſtum interpretaretur. Nam & ſi pecunia vtenda tantum data eſt, tota tamen ſic data eſt, poſtquam pecunia nihil præterea habet. Quid condici poteſt de eo quod totum debebatur: at debebatur pecunia vtenda: id vero tota pecunia eſt.

Sed tamen ſic vſum eſt agi poſſe ex ſententia ſenatuſconſulti de earum rerum vſufructu quæ vſu conſumuntur. nam ſi præter naturam rei ſenatuſconſulto effici potuit vt pecuniæ vſusfructus computaretur, quid ni potuerit Sabinus tranſlatum dominium pro non tranſlato, id eſt pro vſufructu tantum accipere & interpretari; vel ſi deſtricte tuendũ eſt, vſumfructum non eſſe, pro indebito ſoluto accipere? nam deſtricte potius vel vſufructus tantum fuit & eo finito vindicari poteſt pecunia non condici; quia nemo rem ſuam condicit, *l. vlt. ſup. vſusfructuar. quemad. cau.* id quod numeratæ pecuniæ quæ conſumpta eſt, repugnat; vel etiam tranſlatum eſt dominium, & condici poteſt; id quod vſuifructui, qui tãtum legatus eſt, non conuenit. Vſusfructus pecuniæ legati ſolutio media eſt inter ſolutionem debiti & indebiti : ſed medium illud inueniri non poteſt, nam vſufructu finito, id eſt vxore mortua vel capite minuta, non reperitur pars pecuniæ quæ extet quæve vindicari poſſit : imo nec quæ ab initio indebite ſoluta ſit aut ab initio repeti poſſit. Huic quæſtioni ceſſit Sabinus, eo quod in pecunia numerata & ceteris rebus quæ ſunt in abſumptione, indiuiduum ſit dominium ab vſufructu, indiuidua tranſlatio vnius à tranſlatione alterius; & arripuit quod proximum erat : vt tandem vſufructu finito videatur finita cauſa ob quam pecunia ſoluta eſt, & eadem quantitas condici poſſit, *lege in numerationibus, 44 in poſtremo exemplo, infra de ſolution. lege pecunia, 8. infra de alim. legat. l. cum amplius, 84. infr. de diuerſ. regul. iuris, l. ſed & ſi 25. §. 1. in fine, ſup. de vſufruct.* Eodem recidit actio quam hoc loco Iabolenus in factum dicit. Eam enim deſignat quæ naturalem tantum præſtationem habet, nullo negotij commento informatam, ſed formæ quam ex re ipſa ſeu nuda æquitate habere poteſt, relictam, quæ ea eſt quam Papinianus *in dicta l. pecuniæ,* vtilem ait. Cæterum cum ait Iabolenus ſi per ignorantiam prætermiſſa ſit ſtipulatio, tacite videtur velle ſi ea conſulto omiſſa ſit, repetitionem non eſſe ; ſeu quod eius conſulto dati donatio eſt, cuius per errorem dati repetitio eſt, ſeu quod legatorum perperam ſolutorum nulla repetitio eſt ex antiquo iure. Explicauimus *l. quia 11. ſupra in præfatione.*

Ad L.

Ad L. Si vir vxori 12.

VIr vxori vendidit fundos ea lege vt ſi diuortium inter eos fieret & vir vellet, vxor eos fundos ei reuenderet, nec pluris quam quanti illa accepiſſet. Iſta emptio venditio eſt, ſed formata eo pacto quod ex continenti adiectum eſt, *l. 7. §. quinimo, ſup. de pact. l. cum dotem, 10. cod. de iur. dot.* & quamuis pactum illud ſit de re ſua tantum recipienda, eòque negotium tandem reuocet vt videatur citra lucrum, citra contractum fuiſſe; non dubium eſt tamen quin ei pacto ſufficere poſſit actio empti venditi: Ideoque non neceſſe eſt hoc loco actionem in factum interpretari vtilem aut citra actionem præſcriptis verbis. Imo in ſimili ſpecie dicitur etiam ex empto vendito, *l. 2. cod. de pact. in empt. & vendit. compoſ. l. 6. §. primo ſupra de contrah. emp.* Eſt qui in hac ſpecie dicat aliquando dubium fuiſſe an agi poſſet ex vendito, nec dum à Proculo huius legis auctore, qui ante Veſpaſianum Imp. vixit, per iuriſprudentiam illius ſeculi potuiſſe definiri: ſed tandem definitum fuiſſe ab Alexand. Imp. *in dicta lege 2.* idque exemplo emptionis venditionis cui adiectum ſit pactum commiſſorium, *lege 4. ſupra de leg. commiſſ.* male nec enim Paulus *in l. ſi ſterilis, 21. §. ſi tibi, ſupra de action. empt.* ſimili ſpecie propoſita, quicquam reſtitat, quin præcidit ex vendito actionem eſſe: quod veriſimile non eſt eum tam ſecure facturum aut prætermiſſurum fuiſſe vnde id definitum fuiſſet, ſi nupera eius temporibus definitio fuiſſet. Imo nec Sabinus temporibus Tiberii, id eſt ante Proculum dubitat *in lege 6. ſup. de reſcind. vendit.* Vlpianus vero *in lege ex empto 11. §. is qui vina. ſupra de de action. empt.* cum anulum qui in arram datus fuerat, etiam condici poſſe ait, num hæſitat ne rectè ante à Iuliano dictum ſit actionem ex empto etiam ad diſtrahendam emptionem vtilem eſſe, aut cum *in lege quod ſi nolit. 31. §. in factum, infra de ædilit. edict.* ait in factum actionem competere ad pretium recuperandum, ſi mancipium redhibitum fuerit; ſic negat actione ex empto agi poſſe? Equidem poſtquam Proculus ſic loquitur, *Si vir vxori ſua fundos vendidit, & in venditione comprehenſum eſt, &c. quibus verbis ſatis aperte vult emptionem venditionem eſſe*; dixerim ex eius ſententia hoc loco actionem in factum intelligendam ciuilem ſeu præſcriptis verbis, vt imp. Alexander *in dicta lege 2.* cæterum proximam

empti venditi actioni, vt Paulus *in d.l.6.ſupra de reſcind.vend.* Qua tamen actione nolim excludi actionem ex empto vendito, nec qui eodem caſu ex empto actionem dicat, contrarium aliquid, ſed tantum amplius dicere: cum & omni actioni empti venditi inſit etiam præſcriptis verbis, non contra; omni præſcriptis verbis inſit etiam in factum, non contra, vt diximus in præfatione. Quod iuris principium eum interpretē quem diximus, fugit.

Ad l. Si tibi rem, 13.

DEdi tibi rem vendendam certo pretio, ita vt tuum fiat id quo pluris vendere potueris. Si pluris vendideris, id quanto pluris ex poſt facto videbor dediſſe vt venderes, id eſt vt faceres, omninoque videbor tuam huius rei operam conduxiſſe: ſi vero non pluris vendideris, videbor tantum mandaſſe. Sed quia non tam exitu aut caſu quam ab initio ſeu & conuentione, contractus formam accipiunt, ideo mandatum non eſt, aut locatio. Mandatum gratuitum eſſe debet, quia originem ex officio atque amicitia trahit, *l. prima. ſupra mandat.* locatio non gratuita, quia ineſt emptio venditio: hoc vero negotium ab initio neque gratuitum eſt neque non gratuitum, ſed ſub conditione pendet vtrum ſit. Non eadem ratione abeſt à ſocietate. Nam & ſi non pluris vendideris, potuit nihilominus ſocietas ab initio fuiſſe; ſi modo animo contrahendæ ſocietatis inter nos actum ſit. non ita ſocietati contrarium eſt aliquo caſu nihil lucri eum auferre, qui nihil præter operam confert, ſi modo aliquo caſu aliquam partem auferre poſſit; vt mandato contrarium eſt mercedem vllo caſu interuenire, locationi contrarium vllo caſu non interuenire: ſocietas vero contrahi poteſt non certo vllo ab initio lucro, ſit modo certus caſus, quo vnquam ſperari poſſit; vt hoc caſu ſi pluris vendideris. Itaque Vlpianus non proponit quicquam ſocietati contrarium ex re ipſa, quominus volentibus nobis & animum contrahendæ ſocietatis habētibus ſocietas eſſe poſſit; ſed tantum ſocietatem non videri, quia nō videar animum eius contrahendæ habuiſſe, non te ſocium diſtractionis admiſiſſe, ſed tantum vt in ſolidum dominus, certum mihi pretium excepiſſe, & reliquum in mercedem tuæ operæ tibi dediſſe. In ſocietate diſtractionis vterque noſtrum dominus eſſet; nec tantum nomine meo vende-

venderes, ſed etiam tuo ſi pluris venderes; nomine meo pro parte mea eius pluris, nomine tuo ipſius pro tu i. Denique non tu à me tuam partem acciperes, ſed vterque ex medio ſeu ex communi. Extra ſocietatem vero tu omnino mihi negotium geris, cum rem tibi à me datam vendis pretiumue recipis, vt ipſe videar vendere, & pretium recipere; tu vero cum tibi habes id quanto pluris vendideris, à me habere, à me accipere. Cæterum Vlpiani ratio coniecturæ eſt tantum non certa aut iuris, ſed facti: & ſi quis obiiciat in iſta ſpecie nihil proponi contrarium, quominus videar te ſocium diſtractionis admiſiſſe, aut vterque noſtrum animum ſocietatis coeundæ habuiſſe; id ego fatebor, quoniam nec Vlpianus diffitetur *in l. ſi margarita, 44. ſupra pro ſocio*, vbi in ſimili plane ſpecie non ita abſciſſe negat ſocietatem eſſe, ſed tantum diſtinguit de animo contrahendæ ſocietatis, huc facit *l. nam cum. 32. ſupra pro ſocio.* Sed dicendum eſt Vlpianum hic tantum ad Sabinum notare & iuxta eius ſententiam ſcribere verba Sabini, ſunt à principio huius legis vſque ad verſic. quia & mandata, vbi Vlpianus proſequitur, cur dixerit Sabinus, neque mandati neque pro ſocio actionem eſſe. Aliud eſt interpretem agere, aliud ſuam ipſius ſententiam proferre, vt profert Vlpianus *in d. l. ſi margarita*, cum ait, *mihi videtur*, interpres officio ſatisfecit ſuo cum rationem expoſuit ad ſententiam auctoris: quomodo ſuæ ipſius ſententiæ præiudicare, nec intelligit nec nobis intelligendus eſt. Sic Vlpianus nihil quam Marcelli ſententiam recitat, *in l. ſi filiusfam. 14. ſupra de reb. cred.* Iuliani vero contrariam, *in l ſed ſi, 9. in fin. ſup. de S.C. Macedon.* Sic idem Vlp. *in l. 1 §. per contrarium, in fin. inf. de dot. praleg.* ſententiam Iuliani tantum explicat: at *in l. 1. §. in alienatione. ſup. quand. de pecul. act. annal.* ſuam ipſius oſtendit. Sic etiam puto tranſigendum eſſe inter *l. penul. ſup. ſi ex nox. cauſ. ag & l. 1. infra de. pœn.* in illa Sabini ſententiam referre & explicare, in iſta ſuam. Porro actionem in factum hoc loco *ex d. l. ſi margarita*, non dubium eſt, quin interpretari debeamus præſcriptis verbis, vt & in ſequentibus caſibus: quia pretium aliud eſt à re ipſa, quæ vendenda data eſt.

Ad §. Iulianus.

IN ſuperiori ſpecie dedi tibi rem vendendam certo precio mihi excepto, quod autem excurreret, tibi dato: hic vero tibi aream dedi

animo

animo ſtatim alienandi, ſed ea lege, vt in ea ædificares, & partem ædificii mihi redderes. Quemadmodum in illa pretium ex rei venditione acceptum noue mihi acquiritur, ſic in iſta pars inſulæ, ait tamen, *partem rei meæ recipio.* Ita propterea quod eam excepi de area cum adhuc mea eſſet: eodem prorſus modo atque in ſuperiori ſpecie certum pretium excepi iure dominii, quamuis pretium non eſſet meum. Omnino lex rei meæ in ea alii à me tradenda dicta, de ea quandoque recipienda, idem præſtat quod animus meus rei meæ retinendæ, cum ab ea diſcedo nemine ad eam relicto; vt quemadmodum reuerſus non videar vnquam diſceſſiſſe (à quo capite iſta quæ fertur ſententia, profecta eſt, ſolo animo poſſeſſionem retineri poſſe) ſic recepta re mea quam alienaui ea lege vt redderetur, nunquam videar alienaſſe, *l. qui ſic ſoluit, 55. infra de ſolution. b. l. ſi tibi, 20. ſup. de rebus credit. l. ob res, 20. §. 1. infra de pact. dotal.* Ergo vt inquit, emptio non eſt, quia pecuniam in pretium non recipio, *l. 1. §. 1. ſupra de contrahen. emptione, l. 5. l. 6. ſupra hoc tit.* item non mandatum eſt, quia non gratuitum, vt ſupra; cum pars areæ atque inſulæ remaneat penes eum qui aream accepit. Neque vero ſocietas, *quia nemo ſocietatem contrahendo rei ſuæ dominus eſſe deſinit,* ait Vlpianus, in totum ſcilicet ait Accurſius, in partem autem deſinere poteſt, *l. prima. ſupra pro ſocio,* hic vero deſiit dominus eſſe in ſolidum tradendo. Sic Accurſius quomodo vult hoc loco ſocietatem contrahendo dominum ſi non in totum, at certe in partem rei ſuæ eſſe deſinere poſſe. Sed nunquid ipſe Vlpianus in fine huius legis, inquam, vult etiam ſocietatem in ea tantum parte eſſe, cuius dominium tranſlatũ non fuerit, ſi forte vnius tranſlatũ ſit, alterius non ſit? *Idemq́ue & ſi partis areæ dominiũ tranſtulerit, partis non,* inquit, *& eadẽ lege ædificare paſſus ſit.* Qui Accurſium tueri volet, non reperiet vbi conſiſtere poſſit. Siue enim dicat in ea parte cuius dominium tranſlatum fuerit, intelligendum ſocietatem, id manifeſte pugnat cum ipſo Vlpiano, qui diſerte vult dominium tranſlatum non eſſe, cuius partis ſit ſocietas; ſiue dicat in ea cuius dominium tranſlatum non fuerit, id pugnat cum ipſo Accurſio, qui vult ſocium in partem rei ſuæ dominum eſſe deſinere poſſe; & quia hic in ſolidum eſſe deſierit, tradendo ideo ſocium non eſſe. Quod ſi & cuius partis dominium dicitur non tranſlatum, diceret non in ſolidum ſcilicet tranſlatum eſſe, pro parte vero tranſlatum eſſe, id eſt partem ſolidum

ſeu

Digitized by Google

ſeu partem diuiſam faceret; non conueniret quod Vlpianus facit, in-quam, partem cuius dominium translatum eſt, ab ea cuius translatum non eſt, diſtinguere: aut cuius non translatum eſſe dicit, intelligendum vllatenus translatum eſſe. Omnino nihil ageret & fruſtra diſtingueret, qui etiam eius partis, cuius dominium dicitur non translatum, ad differentiam alterius, cuius dicitur translatum; aliquatenus translatum intelligeret, id niti eſſet contra id quod nititur Vlpianus, qui ſedulo perſequitur omnem dominii translationem, vt ſocietati qua de agit, contrariam, & ibi demum ſocietatem admittit, vbi nulla translatio ſit.

Denique quatenus dominium translatum ſit, eâ non ædificationis, ſed dominii ſocietas ſit, idque Vlpianum deſignare quilibet facile iudicauerit, cum ait, *ſed paſſus ſit te ſic ædificare*, &c. nam ſi dominium communicatum eſſet, quatenus ſocius dominii in ſua area ædificaret, certe nihil ſocio ædificaret, nec patientia eius opus haberet. Fateor quidem, & quatenus dominium communicatum eſſet, ſocium non omnino ſuo iure ædificaturum, nec aliter quam ſi alter ſocius vellet: ſed tamen eo caſu non pro ſocio aut ex conuentione actio eſſet, de qua hoc loco agitur: eſſet potius communi diuidundo, *l. in re, 26. cum l. ſequent. §. primo, ſupra de ſeruit. vrban l. ſi ædes. 12. l. Sabinus, 28. ſupra commun. diuid.* quæ actio hoc loco ſane perquam inepta eſſet, ex qua domino areæ ſuæ pars tantum reddi poſſet, eaque nondum ædificata; alter vero partem ſuam lucraretur hæc ſocietas eſſet, an potius mera donatio? vnde apparet, quemadmodum actio communi diuidundo ſocietati & communioni contraria eſt, ſic etiam hoc loco translationem dominii ab initio ſocietati ædificationis contrariam eſſe. Parte vlla dominii translata ea lege, vt in tota area ædificaretur, quid neceſſe eſſet paciſci, vt inſulæ ædificatæ pars redderetur; cum & id per ſe ineſſet, quatenus nemo cogitur manere in communione? nec vero conueniret eum, qui in id partem dominii areæ tranſtuliſſet, vt in tota area ædificaretur, non pati vt ædificetur, aut communi diuidundo agere, & ſeipſum commodo ædificationis priuare, nec minus tamen partem areæ dediſſe: id certe donaſſe eſſet, poſtquam pœnitere non poſſet, dominio ſemel translato, nam de area, quæ iam data eſſet, nullum ex parte eius, qui accepiſſet, velamentum ſocietatis eſſet:

nihil viciſſim pendente ædificatione in ſocietatem contuliſſet. itaque hæc omnino abſurda eſſent, *ſed paſſus ſit te ſic ædificare.* At quo caſu dominium tranſlatum non fuerit, ſi cõuenerit vt alter in alterius area ædificaret & inſulæ ædificatæ partem acciperet, nihil iſtorum non conuenit: dominus areæ alterum ædificantem pati debet: alioquin non communi diuidundo actio eſt, ſed pro ſocio, qua cogatur pati; quia nihil dum commune eſt non ſolum quandiu opus non conſummatum eſt, ſed omnino antequam dominus areæ qui idem inſulæ futurus eſt opere conſummato, ſponte vel actione pro ſocio coactus partem inſulæ dederit: quo demum tempore locus communi diuidundo iudicio eſſe poteſt ſi dominus partem indiuiſam dederit ſeu inſulam communicauerit. Actio communi diuidundo actioni pro ſocio qua de hic agitur, plane contraria eſt: hæc ad ſocietatem cogit & rem communicat; illa vero ſoluit & res quarum iam ſocietas eſt, ſeu communes diuidit. Sequitur alia ſpecies: dedi tibi puerum docendum vel nutriendum vel pecus paſcendum vt poſt certos annos puer vel pecus venderetur & pretium inter nos communicaretur. Cui ait hanc ſpeciem abhorrere ab area? quia dominium trãſlatum non eſt, inquam. Supra ait, *ſi tibi areæ meæ dominium dedero*: hic vero *ſi puerum docendum vel pecus paſcendum tibi dedero.* Dare quidem ſimpliciter eſt dominium transferre aut ad dominii trãſlationem dare: *l. vbi autem 75, §. vlt. inf. de verb. obligation. l. vlt. ſup. de condict. cauſ. dat.* ſed puerum docendum vel nutriendum aut pecus paſcendum dare, non eſt ſimpliciter dare, ſed dare aliquid faciendum in ſuo. Subſtãtia circa quam id fiat, eius permanet à quo ea proficiſcitur, *l. Sabinus. 20. ſupra de contrah. empt. leg. ſi quis, 9. §. Celſus. ſupra locat. leg. ſcribit, 64. ff. de aur. & arg. leg.* Id quidem in locatione operis faciendi dicitur: ſed tamen in ſocietate qua alius rem, alius operam vel artem conferat, idem eſſe; præter Vlpianum & rationes quas diximus, euincit quod qui agrum in commune poliendum ſic accepit, non minus quam ex locatione conductione, etiam appellatur colonus, qui tamen ſocius eſt ex ſocietate, *l. ſi merces, 25. §. vis maior, ſup. locat. cum duobus, 52. §. ſi in coeunda, ſup. pro ſocio, leg. ſi paſcenda, 9. Cod. de pact.* locatio enim non eſt niſi mercede pecunia numerata. Iſta Accurſium fugerunt hoc loco: & forte eum fefellit quod Vlpianus ait neminem ſocietatem contrahendæ rei ſuæ

dominum.

dominum eſſe deſinere. nec adeo mirum eſt. Præ ſe enim fert hæc oratio, vt ſcripta eſt, regulam de omni ſocietate. Sed ex mente Vlpiani reſtringenda eſt ad ſocietatem operæ, artis vel artificii ex parte vnius, & rei circa quam aliquid fiat, ex parte alterius. Siquidem ab initio huius legis ad extremum vſque non de alia ſocietatis ſpecie quæritur. Alias quidem vbi in præfatione aliquid regulariter diceretur ſic generaliter deinceps vbique accipiendum eſſet, vt diximus in principio *leg. 5. ſupra.* niſi ſicubi ſpecialiter dictum ei derogaret: imo idem & ſi quid nouiſſimo tractatus loco generaliter dictum eſſet, *l. ſanctio 41. inf. de pœn.* In medio vero tractatu dictum quamuis generaliter, certè proximis quibuſque ſeu generalibus ſeu ſpecialibus accommodari debet. Atqui hic proxima quæq; ſunt de ea ſocietate in qua vnus rem, alter operam conferat. In prima ſpecie huius legis egit de ſocietate diſtractionis, in ſecunda de ſocietate ædificationis, in tertia de ſocietate ſumptus vel operæ pueri alendi vel docendi ſeu quæſtus qui ex his rediturus ſit. non videtur mihi magis idoneum exemplum adferri poſſe eius quod dicitur inciuile eſſe niſi tota lege perſpecta, vna aliqui particula eius propoſita iudicare vel reſpondere. *Quid ergo ? in factum putat actionem Iulianus dandam*, inquit. Vlpianus hanc nihil aliud quam interpretatur ciuilem cum ait id eſſe præſcriptis verbis; quia ſit ex conuentione ſeu contractu, *vt in l. ſolent, 15. & l. ſi tibi polienda, 22. eod.* Iuriſconſulti etiam ſi actio in factum & condictio indebiti æque naturalem præſtationem habeant, æque præſcriptis verbis actioni inſint; tamen aliter vtuntur actione in factum, aliter condictione indebiti: ne mirum ſit de condictione indebiti, hanc etiam ineſſe præſcriptis verbis actioni, vt genus ſpeciei, quæ omnino certi eſt, eoque toto genere ab actione præſcriptis verbis diuerſa, quæ contra omnis incerti eſt, *leg. duo 19 infra de precar* Omnino ſic ſeruant Iuriſconſulti vt cum certum eſt actionem in factum nihil quam quod à ſe datum vel damni factum eſt, quod omnium minimum eſt, repeti poſſe, quod vtique certum ſit; non actionem in factum, ſed certius naturalem condictionem dicant: *leg. 5. in fin ſupra de calumniator.* Cum vero incertum eſt anquid amplius ſit in perſecutione, *vt in hoc loco & in leg. ſeq. §. ſed & . ſi & dicta lege duo*, & multis aliis locis; tunc naturalem certi condictionem adeo non dicant ne ſi quid amplius actoris

 intereſt

interſit quam dederit vel fecerit, id excludant; ſed in factum dicant: vt vbi opus eſt ne intelligatur vtilis, puta ſi agatur de tranſmiſſione ad heredes, interpretationis loco præſcriptis verbis vel ciuilem eſſe adiiciant, vt eius poteſtatem ſupra conditionem naturalem extollant. nam quid obſtat quominus condictio naturalis vel quid certum inſit actioni incerti vt genus ſpeciei; modo certum ſumamus vti ſemper eſt, ſimpliciſſimum & omnium minimum? *leg. ſi in venditione, 60. leg. emptori, 67, l. euicta, 70. inf. de euict.* Quod quam longè abeſt, vt intelligat interpres qui titulum in pandectis *de reb. cred. ſi cert. pet.* omneſque de condictionibus ſequentes, generales ad omnes contractus negat, & arguere vult ex titulo de Iureiur. qui titulus eoque magis generalis eſt, quod remedium omnium litium expediendarum contineat. *l. 1 & 3. §. 1. ſup. de Iureiur.*

AD l. qui ſeruandarum 14.

IN hac lege proponuntur quatuor ſpecies. Ad primam ſciendum eſt ſi plures mercatores in eadem naui merces habeant; tempeſtate coorta, laborante naui, leuandæ eius cauſa cuiq; merces proiicere in mare licere; hancque iacturam ex lege Rodia de iactu omnium contributione ſarciri debere, vt pro omnibus factam & communi omnium periculo vitando, *l. 1. l. 2. §. cum in eadem, ſup. de leg. Rod de iact.* nec videtur intereſſe ſuas quis an alienas iecerit: ob eamque cauſam ait nulla eum teneri actione qui ſeruandarum ſuarum mercium cauſa, alienas proiecerit: quod intelligo de directa quæ propria ſit huius facti; quaſi in factum vtilis vel de dolo de quibus concludit, non ſint propriæ actiones, vt diximus in præfatione, imprimis non tenetur legis Rodiæ, quem potius prætextus legis Rodiæ defendit quominus alienas merces iniuria iecisse videatur; quæ Lex iactum ab omnibus & paſſim cuiuſuis mercium fieri permittit. & ita nec tenetur legis aquiliæ, in quam legem vtique non committitur ſine iniuria huic ſimile eſt ſi quis alienum ſeruum per commiſſionem domini, vel filium colluctando occiderit. *l. 7. §. proinde, verſ. ſi quis, ſup. ad leg. Aquil.* Ergo ſi æquitas nihilominus ſuadeat, puta ſi inutiliter nullove periculo vrgente iactum fuit, recurrendum eſt ad actionem in factum poſtremam. Tantum ſi dolo iactum ſit, in

ea.

ea actione fiet mentio de dolo. nam actio de dolo in factum eſt, nomine tantum doli mali aucta.

AD §. Sed & ſi ſeruum.

SI quis ſeruum alienum hyeme ſpoliauerit, vnde ſeruus frigore extinctus ſit; *de veſtimentis quidem furti agi poterit*, inquit: puto etiam vi bonorum raptorum. Sed de damno ſerui quæritur. non tenetur directa legis Aquiliæ, quia non ſua manu occidit; ſed vtili, quia ſua manu mortis cauſam præſtiterit, *l. 7. §. 1. & §. ſed ſi quis, ſup. ad leg. Aquil. §. cæterum. inſtitut. de leg. Aquil.* Tenetur etiam lege Cornelia de ſicariis. Hic & *leg. 7. §. primo, inf. de iniur. leg. inde Neratius, 23. §. ſi dolo, ſup. ad leg. Aquil §. liberum, inſtit. eod. tit..*

A D §. Sed & ſi calicem.

QVæſtio eſt qua actione teneatur is qui calicem argẽteum alienum in mare abiecit, *damni dandi cauſa*, inq. t, vt excludat actionem furti: eo quod furtum non fiat ſine animo lucri ſui faciendi, *leg. 1. §. 1. l. ſi quid fur. 22. l. verum eſt, 40. inf. de furt.* Atqui inquies, furtum ſuſtinetur furtique actio in eum datur qui ſeruum alienum quæſtionis de eo habendæ cauſa acceptum ea lege vt ſi furtum in eo compertum non eſſet, redderetur; non habita quæſtione, tanquam in furto deprehenſum vel conuictum præfecto vigilum tradiderit, à quo præfecto is ſeruus ſummo ſupplicio adfectus ſit, *leg. penult. ſupra de condict. cauſ. dat.* is vero certè non videtur ſui lucri faciendi cauſa præfecturæ obtuliſſe, ſed potius damni dandi tantum. non ſatis ſoluunt qui in ea ſpecie adferunt ſeruum alienum ductum eſſe ab eo qui torquendum accepit, tanquam ſi ſuus fuiſſet: & ita habendum eſſe furtum pro facto ab eo antequam ſeruum præfecto traderet puniendum, quaſi dominorum tantum ſit ſeruos ſic vltro dedere. Vlpianus, inquam, *in leg. eleganter, 24. in fin. ſupra de pignerat. act.* explicat ſeruum pignori datum, à creditore, qui vtique non eſt dominus, ſic rectè offerri præfecto vel præſidi puniendum; & pro liberato habet creditorem pigneratitia actione. Nec vero Caius *lib. inſtit 1. tit. 3* ait à dominis tradendos, ſed præciſe tradendos eſſe. Ergo amplius ſoluendum eſt, eum qui ſeruum quæſtionis habendæ

P 3 cauſa.

cauſa *in dict. leg. penult.* accepit, comparandum eſſe commodatario qui in alium vſum rem commodatam transfert quam in quem accepit; quo dicitur furtum facere etiam ſi ex alio vſu lucrum non fecerit: puta ſi equum geſtandi cauſa commodatum vel ad villam ducendum, ad bellum duxit vel quo alio, vbi perierit vel ereptus ſit, *leg. qui vas. 49. §. ſi ego. leg. ſi pignore, 56. infra de furt. §. furtum autem, inſtit de oblig. quæ ex delict.* idque diſerte Pompon *in dicta lege penult.* decidit. *Quia re aliena ita ſit vſus*, inquit, *vt ſciret ſe inuito domino vti; aut dominum, ſi ſciret, prohibiturum eſſe. Amplius, qui ſeruum alienum præfecto tradidit, is non minus* in ſuum lucrum videtur eum conuertere, quam commodatarius qui id quod vtendum accepit, alii commodat. *dicta lege ſi pignore: nec mouere quem debet*, ait ibi Caius, *quaſi is nihil ſui lucri gratia fecerit. Species enim lucri eſt ex alieno largiri & beneficii debitorem ſibi acquirere.* Sic etiam videtur vti frui qui vſumfructum precario conceſſit vel donauit, non ſolum qui vendidit vel locauit, *leg arboribus, 12. §. vſusfructuarius, leg. non vtitur. 38. cum leg. ſequ. ſup. de vſufructu.* Denique qui vllo modo contrectando ſeruum alienum alienauit, furtum fecit, *leg. 9. Codice de furt.* in eo qui vtendum quid à domino accepit, vltra eam cauſam quorſum accepit, nulla ſupereſt quæſtio de ſui lucri faciendi cauſa. Qua enim cauſa ſpecialiter accepit ſiue ei vtilis ſit ſiue inutilis; neceſſe eſt cæteris cauſis derogatum eſſe, ſiue de lucro ſuo item faciendo ſiue non. Omnes cauſæ in eam quorſum accepit, ſemel tranſierunt, omnes ea conſumptæ ſunt, ſic ſpecies derogat ſuo generi: ideoque quicquid aliter vſus fuerit, ſi putauerit ſe inuito domino vti; abuſus eſt & furtum fecit, ſiue lucrum fecerit ſiue non. Qui igitur in *dicta lege penult.* dicit furtum ideo factum eſſe, quia qui ſeruum quæſtionis cauſa accepit, pro ſuo habuerit ſeruum quem præfecto tradiderit, & furtum ante factum eſſe quam traderet; furtum præcipitat in ſola cogitatione, & ſe imperitum oſtendit, nam ſeruo demum tradendo fit furtum. Hic vero dicendum eſt non ſic datum fuiſſe à domino calicem argenteum. alioquin ſufficeret actio commodati, cum in eam veniat culpa & dolus. *non lucri faciendi cauſa.* Poteſt ſui lucri faciendi cauſa feciſſe vt ſi cum vrinator eſſet, iecit ſciens ſe poſſe extrahere, poteſt lucri alterius, vt ſi eo animo vt alius extraheret: *leg. 4. §. primo. ſupra de le. Rod. de iact.* his caſibus diceretur furtum

feciſſe

feciſſe ſeu per ſe ſeu ope conſilio, *leg ſi ſeruus, 27. §. ſi quis de manumiſ. ſupra ad leg. aquil.* Damnum vero quod in hac ſpecie datum eſt, non propriè pertinet ad legem aquiliam: non ad primum caput, quia nullus occiſus eſt; non ad tertium, quia nihil vſtum, fractum aut ruptum, ſed calix argenteus in profundum iactus eſt, quo nihil corruptus aut deterior factus eſt, etiam ſi damnum eius domino factum ſit. Supereſt igitur vt agatur in factum actione poſtrema, non ſine doli mentione; quia dicitur damni dandi cauſſa abieciſſe, id eſt ſciens vt damnum daret, vt in prima ſpecie huius legis & *leg. ſeq. in fin. leg. permiſiſti, 16. in fin. infra eod.* nam & ſi nihil corrupit, tamen dolo damnum dedit & fecit vt quod alienum erat, nullius fieret, *vt in leg. laqueum, 55. in fin. infra de acquir. rer. dom.* Vlpianus tamen *dict. l. ſi ſeruus. §. ſi quis de manu.* omnino ſimili ſpecie ait Sabino placuiſſe vt daretur actio damni iniuriæ. Sed hic vbi notas ad Sabinum ſcribit, certum eſt eum reprehenſionis cauſa poſt Pompon. qui ſimiliter ad eundem ſcripſerat, negare actionem damni iniuriæ qua ratione diximus.

AD §. Si glans.

ARbor tua propendet in meum fundum & glans ex ea in eum cadit; glandis nomine intelligimus omnes fructus ſylueſtres, quaſi omnis arbor ſylueſtris ſit quercus, *l. vnic. inf. de gland. leg. qui venenum, 236. §. vlt. inf. de verb ſig.* ego immiſſo pecore meo eam glandem depaſco, neque expecto vt tu legas auferas vt tibi licet, tertio quoque die. in ponenda ſpecie cum Iuriſconſultus in meum fundum cadere dicit, vitate vult actionem legis 12. tab. quæ competit noxaliter de paſtu pecoris, quando depaſcitur in fundo alieno. Siquidem ait, *quia non in tuo.* Damnum quidem iſtud eſt, ſed non iniuria datum, *leg. qui occidit. 30. §. ſi quis, ſupra ad leg. aquil.* Scilicet pecus paſcendi cauſa potius immiſſum eſt quam damni dandi: vt in principio huius legis, *ſeruandarum ſuarum mercium cauſa* potius quam alienarum perdendarum, & in ſuperiori ſpecie, *non lucri faciendi ſed damni dandi.* notandum eſt hoc loco ne culpam quidē meam eſſe, quaſi fructus naſcantur vt abutantur & conſumantur. Deinde non pertinet ad titulum. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur,* aut ad actionem illam ex lege 12. tab. quia ea datur ex eo tantum damno.

quod

quod fecerit quadrupes commota feritate aut contra naturam : *leg. 1. §. & generaliter, ſupra ſi quadrup. paup. feciſſ. dic.* hic vero potius ex ingenio ſeu inſtinctu naturæ ducta eſt: attamen cum ait. *immiſſo pecore*, demonſtrat cauſam actionis nihilominus dandæ aduerſus eum. ex quo ſequitur poſtquam omnes ex omni iure deficiunt actiones, vt videtur in factum ſubſidiaria ad exibendum etiam dat Vlp. *in l. Iulianus.9 ſup. ad exhibend.* ſed ita ſi dolo immiſſum ſit pecus : quod hoc loco excipiendum eſt.

AD L. Solent. 15.

QVi norunt ſeruos fugitiuos alicubi latere vel cœlari, dominis indicare ſolent & pro indicio aliquid accipere : quod præmiũ appellatur quoque indicium *l. 4 §. vlt. ſup de condict. ob turp. cauſ.* Quin plerumque domini præueniunt, idque per præconem aut per libellum publice promittunt. Apuleius lib. 6. *nihil ſupereſt quam tuo præconio præmium inueſtigationis publicitus edicere.* & Petron. *Dum Eumolphus cum Bargate loquitur in ſecreto, præco ſtabulum intrat cum ſeruo publico aliaque ſane modica frequentia, facemque fumoſam magis quam lucidam quaſſans hæc proclamauit: puer in balneo paulo ante aberrauit, annorum circa ſexdecim, criſpus, mollis, formoſus, nomine Giton. Si quis eum reddere aut commonſtrare voluerit, accipiet numos mille*, id ſolutum eadem ratione non repetitur qua olim legatum incertis perſonis relictum, *§. libertas, inſtitut. de legat.* indiciis ſimilia ſunt proxenetica, *leg. 1. inf. de proxenet.* hanc legem interpretes *lege 5 in §. quod ſi faciam, ſupra.* obiiciunt, quaſi in ea ſic conuenerit, *indicabo* vt des, quod eſt *faciam vt des*: quam tamen conuentionem Vlpian. hic in fin. ait non nudam eſſe, vt quis dicat ex pacto actionem non oriri ; ſed habere negotium aliquod. id eſt contractum eſſe & ciuilem ex eo actionem: vnde ſequitur, vt volunt, ex ſpecie *facio vt des*, contractum eſſe poſſe, contra dict. §. *quod ſi faciam*, hoc contrarium vt euadant noſtri, dicunt Vlpianum ſe corrigere in fine cum ait, *niſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur* : & ſic Vlpianum neſcio quid initio male tentantem dicunt in viam redire & ſe Paulo reconciliare. Quod vt perſuadeant, ſimiles correctiones afferunt in *leg. ſi mihi pure. 59. inf. de legat. 2. in l. ſi conuenerit, 23. ſup. comm. diuid.*

vid.l.ii qui.13.§.vlt.inſ.commodat.§.igitur, inſtitut. de pupill. ſubſt. Ego vero contra negotium fuiſſe, *dabo vt indices.* Index non ſtatim indicat vel promittit ſe indicaturum, ſed oſtendit ſe noſſe vbi celetur ſeruus · & ea re dicitur non eſſe fur quamuis non indicet. *l.qui vas.49.§.1.inſ.de fur.* Quomodo allicit tantum dominum ad dădum vel promittendum indicandi cauſa. itaque ſic rem Vlpianus totam explicat vt diſtinguat vel datum & indicatum eſſe hinc inde, vel tantum datum eſſe aut promiſſum vt indicetur. primam partem diſputat vſque ad verſic. *quod ſi.* ſecundam vſque ad finem, vbi quærit de actione aduerſus indicem non indicantem. in prima ait ſi datum ſit non illicitum eſſe, id eſt non turpiter acceptum vt repeti poſſit: quippe cum promiſſum tătum dicatur iure deberi apud Paul. *lib. ſent.2. tit.31. ſent. ob indicium.* in quo non refert ab vtro inceperit res à dando an indicando. intelligendum enim indicium ſecutum, ſiquidem id Vlpianus attribuit conſuetudini cum ait ſolere qui norunt ſeruos fugitiuos & cætera. *Quod ſi ſolutum quidem nihil eſt*, inquit, *ſed pactio interceſſit ob indicium, hoc eſt vt ſi indicaſſet apprehenſuſque eſſet fugitiuus, ob eam cauſſam aliquid daretur.* hæc verba nunquid manifeſta ſunt initium conuentionis hoc fuiſſe? quando non vis indicare gratis, *dabo vt indices:* Si abſque conuentione de indicando, ob indicium datum eſſet; indicio non ſecuto, datum tantum repeti poſſet, non etiam agi vt indicaretur, aut quanti actoris intereſt ſibi indicatum eſſe: ſed pactio de dando ob indicium, nunquid perſpicue contractus forma eſt, ſi vnquam ſubſit ei cauſa ſiue ex datione ſiue ex indicio? nam vt ſupra diximus, conuentione ſemel poſita, deinceps non refert an prius detur quam indicetur, necne. Conſuetudo quoque quæ ſic accipienda eſt vt prius detur quam indicetur, poſtquam ait Vlp. *Solent etiam mercedem huius rei accipere & ſic indicare*; eodem confert, nam ſi vllo caſu non detur prius quam indicetur. ſed promittatur tantum; ex ea conſuetudine tamen hoc reliquum eſt vt promittatur ob eandem cauſam ob quam etiam quod amplius eſt, dari ſolet. in ſuperioribus vero legibus, vbi dicunt iuriſconſultos ſeipſos corrigere, præterquam quod leuitas vel impudentia eſt hanc leuitatis notam iuris auctoribus inurere, vt ſententiam ſuam continuo mutent, nec tamen priorem deleant; ſi penitus inſpiciatur, non tam ſe corrigunt quam excipiunt vel aliquid certius dicunt, vt ſæpe alibi. fateor

Q quidem

quidem Terentium Clement. *in dict. l. ſi mihi pure* 59. *inf. de legat.* 2 prius reſponſum quod dedit, corrigere: ſed prius non fuit ſuum, itaque non ſeipſum corrigit. Ait *reſponſum eſt* nempe à Caio & multis aliis, *l. ſi Titio.* 55. *eod. tit. Si Titio & mihi eadem res legata fuerit* inquit Caius, *& is die legati cedente deceſſerit me herede relicto, & vel ex mea propria cauſa vel ex hereditaria legatum repudiauero, magis placere video partem defeciſſe,* idem vero eſſe in ſpecie dictæ l. ſi mihi pure. id eſt in domino vel patref. cum legatum vel hereditatem per ſeruum vel filium acquirit, atq; in herede heredis vel legatarii, ſatis probauimus *in l. frater.* 38. *ſup. de condi. ind.* ſic Paul. *in l.* 1. *ſup. ti. prox. In factum dandam actionem reſpondetur.* inquit: nempe à Iuliano, vt diximus in l. 5. Cæterum in eo quod Terent. Clemens corrigit, *niſi ſi quis dubitet*, &c, auctores quoque habet Labeonem, Proculum & Pomp. *in l. ſi mihi.* 12. *inf. de legat.* 1. Cæteris locis magis inepti ſunt dum ibi Iuriſconſultos errare aut errorem vllum agnoſcere incuſant. Prudentius necnon pudentius facerent ſi ſeipſos errantes agnoſcerent vel imprudentiam excuſarent. Vlpianus vero cum ait, *niſi ſi quis dolus aliquis arguatur*; Ita reuocat actionem præſcriptis verbis, quam dixit, ſi in ſpecie propoſita, *dabo vt indices*, dolus indicis dederit cauſam contractui, nam eo caſu præſcriptis verbis actio aut contractus non eſt, ſi in hoc dominus circumſcriptus eſt vt promitteret. *l.* 7. *ſup. de dolo.* Contractus incertus, contractus bonæ fidei eſt, qui formam habet ex conuentione, quæ errantis certe nulla videri poteſt. Actio igitur de dolo excludet actionẽ præſcriptis verbis, ſi index qui neſciebat vbinam ſeruus eſſet, vel indicare nolebat; dolo induxerit dominum vt ſibi ob indicium quod facere non poterat vel nolebat, aliquid daret, *facit l. arbitrio.* 18. *§. de eo ſup. de dolo l. Ariſto decimo octauo, § vltim. infra de donationib.* Porro Vlpianus quando diuerſo caſu diuerſum dicit, videtur ſeipſum corrigere? Deinde & ſi contractus non eſſet, male actionem de dolo vlli conditioni ſubiiceret ita ve diceret, *vbi dolus aliquis arguatur.* Dolus enim abeſſe non poteſt ab eo indice qui conuenit ſe indicaturum, ſiue neſciuit vbi ſeruus lateret ſiue poſtea indicare noluit, vt diximus ad *dict.* § *quod ſi faciam.*

AD

AD l. Permiſiſti.16.

PErmiſiſti mihi cretam eximere de agro tuo, ita vt eum locum vnde exemiſſem, replerem. hæc ſpecies eo redit, *dabo vt facias*: & illud, *exemi*, idem eſt quod accepi. eximendo enim meum facio. *nec repleo*, Idem quod nec facio. hæc ſpecies facit contractum, ſed incertum; ex quo datur tibi actio præſcriptis verbis qua me cogas replere. *Sed ſi vendidiſti cretam*, inquit, id eſt ſi modo additum eſt certum pretium quod tibi daretur; habebis in me actionem ex vendito in idem agendum. hic & in *l.6.§.1.ſup de action.empt.* Sane verum eſt te etiam prohibere poſſe ne exemptam cretam tollam antequam foſſam repleuerim. nondum enim plane mea eſt antequam dictæ legi paruerim, ſiue ex empto vendito ſiue ex dato vt facias, nam foſſæ repletio pro parte pretii vel omnino pro parte contractus eſt. *l. ſi ſterilis.21.§.ſi tibi ſup.de actio. emp.l. quod ſi nolit.31. in fin.inf de ædilit.edict.* Quod ni ea lex eſſet, ſtatim vt creta exempta eſſet, ea mea facta fuiſſet: *l.6.inf.de donation.* ſed lege adhibita, quamdiu expectas fidem tibi à me qui accepi, exhiberi de eo quod conuenit, nuda traditio habetur, vel datio per pœnitentiam reuocari poteſt, *l.nunquam.31. infra.de acquir. rer. dom.l. huiuſmodi.13.infra quand. dies legat. ced.* foſſa vero repleta non opus eſt alia traditione quam exemptione ipſa mea quæ tua voluntate & nomine meo ante facta eſt: & ſi non patiaris me auferre, ea actione agere poſſum qua poſſem quacunque de re mea: puta ad exibendum, vt hic ait. Accurſius adiicit rei vindicationem *ex dict.l. 6.infra de donation.* quæ lex ait quidem nihilominus cretam meam eſſe, & ſi me dominus eam euehere prohibeat; at nihil de rei vindicatione: & certe ad exhibendum agitur in ſubſidium vel in præparationem vindicationis, quando non poteſt ſtatim vindicari; vt hoc loco, *nec patiaris me cretam tollere*, inquit, id eſt in cretam venire & vindicare vel auferre. *l. vnic. §.1.ſup.ſi quis ius dic.non obtempt.l. 6.ſupr. ad exib.l.2.ſup. commodat. l. quod legatur.38.in fin.ſup. de Iudic.l Pomponius.44. id fin.inf.de acq. rer.dom.l depoſui. 38.ſup de pecul.* poſſum etiam agere iniuriarum. *l. qui pendentem. 25.ſup.de action.empt.l. Iniuriarum.13. §.ſi quis à me.infra de iniur.* Quod ſi debeo locum repleuiſſe antequam creta tua voluntate exempta aut mea facta

videatur, certe non fruſtra dixi te ante etiam pœnitere poſſe. Verbum permittendi ſignificat tantum conuentionem de dando: a qua conuentione quidem iam ſumitur initium contractus, *do vt facias*, vt ſup. *in l. ſi tibi rem, 13. in fin.* ſed quia nondum ſubeſt cauſa, ideo pœnitentiæ locus eſt. itaque & ſi ſumptum fecerim ad eximendum nec patiaris me eximere, non poſſum agere præſcriptis verbis, quaſi te daturum conuenerit; ſed de dolo tantum quaſi conuenerit me facturum vt permitteres eximere ſeu vt dares, *vt in l. 5. §. quod ſi faciam, ſup. eod.* ne mutatio tua voluntatis mihi damnoſa ſit, *vt in l. 5. ſup. de condict. cauſ. dat.* & hoc vult Vlpian. *in l ſi cum, 34. ſup. de dolo.* quæ lex coniungenda eſt cum dict. *l. 6. infr. de donation.* ambæ enim ſumptæ ſunt ex Vlp. *lib. 42. ad Sabin. in dict. l. 6.* poſtquam exemi, videris dediſſe & tanquam ſi traditio mihi facta ſit, dicitur meum ſaxum eſſe: in dict. l. ſi cum non exemi, ideoque non videris dediſſe, ſed ego tantum ſumptum feciſſe vt dares? tu vero pœnitere, qui non patiaris me tollere, ideoque *nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit*, inquit.

AD §. Permiſiſti.

NOn alia quærenda eſt explicatio huius ſpeciei quam ſuperioris: *Permiſiſti mihi vt ſererem in fundo tuo & fructus tollerem: ſeui nec pateris me fructus tollere: nullam Iuris ciuilis actionem eſſe Ariſto ait* id eſt ne præſcriptis verbis quidem, etiam ſi ſumendum ſit te de dando conueniſſe ex quo permiſeris: ſed tantum de dolo, quaſi vltro ſeuerim, id eſt fecerim vt me permitteres metere, id eſt vt fructus dares. Quicquid quandoque poſt conuentionem fiat, id quidem ſtatum iuris à conuentione ſumit: ſed non ita promiſcue ſumit ita ve ad conuentionem referendum eſt vt non interſit vter vtrius cauſa fecerit. foſſæ repletio quidem in ſuperiori ſpecie fit cauſa dantis, vt ſi poſt eam creta eximentis facta non eſſet, certe iam præſcriptis verbis de ea agi poſſet: at fructuum ſatio vel præparatio ad cretam eximendum cauſam obligationis ex parte accipientis ſeu ſumptum facientis aduerſus dantem nec perficiunt nec præparant; nec qui in ſerendo vel ad cretam eximendum ſumptum facit, poteſt dici quicquam dantis cauſa facere, quo ſic fidem illi exhibere videatur, qui totum hoc accipiendi cauſa potius facit, vnde reliquum eſt vt permittentem permiſſionis pœnitere poſſit. Cæterum Pomponius præci-

præcidit quod Ariſto aiebat an in factum dari debeat, deliberari poſſe, cum affirmat de dolo futuram, id eſt in factum actionem adiecta doli mentione, vt ſupra diximus.

AD L. Si gratuitam. 17.

COmmodatum eſt vtendum gratis datum in certum vſum & finem, certum eſt commodari poſſe res corporales tum mobiles tum ſoli ſi earum vſus ſit aliquis ſalua ſubſtantia: *l 1. ſup commod.* iura vero, id eſt res incorporales commodari non poſſe, quia nullus eſt eorum vſus ſalua ſubſtantia. Omnia iura ſunt in acceſſione perſonarum vel rerum: acceſſio vero non eſt acceſſionis; puta non ſunt fructus fructuum, ſeruitutes ſeruitutum, vſuræ vſurarum. *l. heres furioſi. 51. §. 1. ſup. de hæred. petit. l. neque. 15. inf. de vſur. l. 1. inf. de vſu & vſufr. leg.* itaque quæcunque eorum conceſſio gratuita, donatio eſt, non commodatum. *l. In ædibus. 9. inf. de donation.* Conceſſio vero non gratuita ne conceſſio quidem eſt, quia pretium vel merces accepta vel res permutata reponitur loco rei conceſſæ. *l. non vtitur. 38. cum duab. ſeq. ſup. de vſufr. l imperator. 70. in fin. cum duab. ſeqq. inf. de legat. 2. l. pater. 23. infra de adim. leg.* habitatio vero nec res corporalis eſt nec ius. *l. penult. ſup. de cap. minut.* vnde quæſtio eſt gratuita habitatione ad tempus data, an eo tempore elapſo commodati agi poſſit ad eam repetẽdam, quaſi de re corporali; an negatoria actione, vt de iure. *l. 5. ſup. ſi vſusfruct. petat. Viuianus aiebat commodati agi poſſe* inquit Vlp. hic & in dict. *l. 1. ſup. commodat.* Vlpianus vero hanc quæſtionem compendio dirimit cum ait tutius eſſe agere præſcriptis verbis ex contractu incerto, *do ædes habitandas vt reddas poſt certum tempus*, non ſolum enim cum certum eſt actionem certam deficere, ſed etiam cum dubium eſt, itur ad incertam præſcriptis verbis: *vt in l. 1. l. 5. §. vlt ſup. eod. l ſi conuenerit. 23. ſup. comm. diuid. l. is qui. 13. §. vlt ſup. commodat. l. 2. cod. de pact. in emp. & vendit.* vt nec ſolum cum certe nulla eſt directa, ſed etiam cum dubium eſt an ſit vlla, poſſumus nos recipere ad vtiles. *l. 7. §. 1, ſup. de dolo.*

AD §. Si margarita.

SI margarita tibi dedero vendenda eoque æſtimata, id eſt pretio adiecto quanti velim ea addici, & antequam venderes, apud te fortui-

to caſu perierint; quæritur an poſſim aduerſus te agere & qua actione. ad primam quæſtionem diſtinguitur, ſi te rogaui, meo periculo periiſſe, id eſt me agere non poſſe vt æſtimationem præſtes: ſi tu me rogaueris tuo periiſſe ſeu me agere poſſe. Idem ait Paul *lib. ſent. 2. titul. 4. ſent. vltima.* Sed fingamus neutrum alterum rogaſſe, tantum ambos conſenſiſſe: hoc ait, *teneri te hactenus vt dolum & culpam mihi præſtes.* Alias vbi res non æſtimata data eſt, quæritur de præſtationibus non vltra cauſam ſeu vtilitatem dantis & accipientis, *l.* 5. §. *nunc videndum, cum* §. §. *ſequentib. ſupr. commodat. l. ſi ſeruus,* 108 §. *cum quid, infra de legat.* 1. & ita quoque in § ſequ. ibi, *ſiue ipſius cauſa ſiue vtriuſque.* At cum res æſtimata eſt, indiſtincte qui eam accepit, periculum præſtat, quaſi ex conuentione. Æſtimatione enim videtur is qui eam dedit, periculum eius à ſe auertere, exemplo emptionis venditionis. Et ita *in lege prima, in fine ſupra de æſtimation. action.* quæ lex tamen ex hac intelligenda eſt, ne aliter periculum omne eius ſit qui accepit, quam ſi rogauerit alterum vt daret, vel vltro de re vendenda promiſerit: vt apud Paulum dicto ſententiarum loco. Periculum vero culpæ etiam ita demum eius ſit ſi non rogatu dantis acceperit. Æſtimatio enim non vera venditio eſt, ſed imaginaria, quæ nihil per ſe habet iuris, & demum aliquid ab exemplo emptionis venditionis capit cum pretium ſecutum eſt, atque ita ſi quemadmodum in emptione venditione emptor mercem omnino ſibi accipit, ſic etiam is qui eam æſtimatam. Ea cauſa eſt diſtinguendi vter alterum rogauerit, ne veritas rei ſeu cauſæ cuiuſque vtilitatis, errore vel fuco æſtimationis geſtæ & obductæ vitietur, *l.* 6. §. 1 *ſupr. de offic. præſid.* Quæ diſtinctio etſi nihil aliud quam ſupplet illam alteram, cuiuſnam cauſa margarita æſtimata data fuerint, dantis an accipientis; melior tamen & certior eſt quam æſtimatio: quippe quæ melius & certius eum demonſtrat cuius maxime interfuerit rem æſtimatam ſeu vendendam datam eſſe vel vendi & pretium redigi. Vix enim videtur rogaturus fuiſſe, niſi cuius maxime commodum verſaretur. Æſtimatio vero per ſe non ſtatim facit negotium ſimile emptioni venditioni; & ſi ſtatim faceret, non tam emptioni venditioni ſimilis quam ipſamet emptio venditio eſſet: ſed tunc demum ſimile facit cum de pretio verum eſt, id eſt cum pretium naturaliter interuenit, æſtimatione tunc demum vera;

quo

quo caſu non tamen vera emptio venditio eſt, quia de ea non conſtitit ab initio, *l. plerunque*, 10. §. *ſi ante, infra de iur. dot.* Ad ſecundam quæſtionem reſpondet actionem ex hac cauſa vtique fore præſcriptis verbis. Ratio eſt ex iſto noſtro, quoniam & ſi pretium ſucceſſerit æſtimatioque reddita ſit, non tamen emptio venditio erit, quæ non ab initio fuit; ſed contractus incertus proprij generis. Sic reſpondet Vlpianus non ſolum ad poſtremam ſpeciem, ſed etiam ad vtranque ſuperiorem ſi quis rogatus ſit. Si te rogaui, nulla eſt quidem actio ſi res apud te fortuito caſu vel culpa tua perierit: ſed ſi dolo tuo perierit aut tu me rogaueris & culpa tua perierit; eadem quæſtio eſt de actione, atque in ſpecie vbi non apparet vter rogauerit vel ſit rogatus. Æſtimatio enim facta rei vendendæ datæ neutro caſu quicquam de pretio certum ab initio facit; ſed ex poſt facto negotium emptioni venditioni ſimile facit, ſi is cuius electio eſt, maluerit pretium dare vel accipere; aut omnino ſi res æſtimata perierit, ideoque ius electionis ſublatum ſit. Quod concludit Vlpianus *in dict. l.* 1. *melius itaque viſum eſt*, inquit, *hanc actionem proponi*, &c. Cuius l. 1. iſte §. continet quoddam veluti ſummum nam cum quæritur quis rogatus, id quæritur num ſit ſpecies mandati; cum de conſenſu, num emptionis venditionis, locationis conductionis.

Ad § *Papinianus.*

REm tibi inſpiciendam dedi, dicis te perdidiſſe; Vlpianus ait ita demum furti me agere vel condicere vel ad exhibendum agere poſſe ſi mihi liqueat rem apud te eſſe: quo ſibi vult me fruſtra actionem furti habere, fruſtra condicere vel ad exhibendum agere poſſe, niſi ſciam aut probare poſſim te feciſſe. Hæc deciſio magis de facto quam de iure eſt, eamque tantum regulam reſpicit, fruſtra ius non deficere ſi probatio deficiat, *l. quinta. §. vltimo, ſupr. de rei vindic. l. duo ſunt*, 30. *infra de teſtament. tutel. l.* 3. §. *ſi duobus, infra de adim. legat. l. ſi fuerit*, 10. *infra de reb. dub l. quidam*, 32 *l. ſi quis vxori*, 52. § *vltimo, alias l. ſi quis ex domo, infra de furt. l. rem mihi, l.* 21. *ſupr. commodat.* Alioquin certe non minus furtum feceris aut furti agere poſſim iure ſi neſciam apud te rem eſſe quam ſi ſciam, *l.* 4. *infra de pignoribus, l.* 5. §. *penult infra de acquir. rer. dom.* cum furtum omnino conſiſtat ex animo & contrectatione fraudulosa furis. Cæterum dum Papinianus ait

ait ita demum præſcriptis verbis actionem mihi competere ſi ignorem vbi res ſit; obiter demonſtrat actionem præſcriptis verbis concurrere non poſſe cum actione furti, ſed ei tantum ſuccedere & ſubſidiariam eſſe. Vnde ſupereſt quæſtio cur non ſic diſtinguatur in contractibus certis, aut cur non ſolum ſi ignorem vbi res ſit quam apud te depoſui vel commodaui vel locaui, depoſiti vel commodati vel locati agere poſſim; ſed etiam ſi mihi liqueat apud te eſſe. Nam dubio procul furti ſimul & depoſiti vel commodati vel locati agere poſſum, *l. qui furtum, 16 ſupr. de condict. furt. l ſi ſacculum, 29. ſupr. depoſit. l ſi locatum, 42. l. ſi domum 45. §. 1. ſup. locat. l. qui ſeruum, 34. §. 1 infr. de oblig. & act. l. ſi is cui. 71 infr. de furt.* Certa actio, inquam, non cedit certæ, incerta vero cedit: actio autem furti non minus certa eſt quam depoſiti, commodati vel locati; quod non eſt actio præſcriptis verbis. Et hoc illud eſt quod Papinianus *in l. 1. ſup. hoc tit.* propoſuit, nonnunquam euenire vt ceſſantibus iudiciis proditis & vulgaribus actionibus, cum proprium nomen inuenire non poſſumus, deſcendamus ad eas quæ in factum appellantur. *Nam cum deficiunt vulgaria atque vſitata actionum nomina, præſcriptis verbis agendum eſt*, ait Celſus *in l. 2.* ergo quando non deficiunt, præſcriptis verbis agendum non eſt. Actionis vero furti nomen vulgare atque vſitatum eſt. Et ita veriſimile eſt Papinianum ex propoſito *in dict. l. 1. ſup. eod.* (quæ lex ſumpta eſt *ex lib. 8. queſt.*) continuo vel non multo poſt ſubieciſſe quod ex eodem Papin. & libro hic Vlpianus refert. Ex quibus magis ac magis notandum eſt quod ſupra non ſemel diximus actiones vtiles non concurrere cum ſuis directis, aut interdicta cum actionibus. Huc alia rurſus incurrit quæſtio, an ſola inficiatione, id eſt quod dicas te perdidiſſe, furtum facias, vt in eo quod poſſideas & debeas; an vt in depoſito, non antea feceris quam contrectaueris ſeu loco moueris, *l. certi, 9. § vlt. cum l. ſequ. ſupr. de reb. cred. l. denique, 8. § his conſequenter, in fin. infr. de pecul. legat. l. 1. §. 1. l. inficiando, 67. infr. de furt. l. 3. §. ſi rem, inf. de acquir. poſſeſſ.* Sed huius quæſtionis definitio pendet ex ea diſtinctione quæ ſequitur. Nam ſiue tua ſolius cauſa ſiue vtriuſque noſtrum inſpiciendum dederim; vtilitas quam percipis non minus contrectationis cauſam conſumit quam lucri faciendi, quod diximus *ſup. in l. qui ſeruandarum, 14. § ſed & ſi calicem.* Alioquin certe non minus ab initio accepit minuſve contrectauit is apud quem res depoſita eſt, quam

qui ſua ſolius cauſa accepit. Sed illa contrectatio ex cauſa depoſiti quæ tota continet vtilitatem depoſitoris, furto imputari non poteſt, quæ potius furto contraria eſt. Rogo vt depoſitarius depoſitum ſuſcipere aut contrectare poſſit ſimul fraudulosé lucri ſui faciendi gratia, ſimul totum gratia depoſitoris? Ergo ſi depoſitum eſt, furtum non eſt; & contra §. *ſi cum vnum*, tum per ſe facilis eſt tum ex §. *præterea, inſtitut. de locat. & conduct.* & fere ſimilis eſt ſpecies cum ſpecie, *l. penult.* vbi explicabimus ad vnguem.

Ad § ſi cum mihi.

EX eo quod in emptione venditione militat vtriuſque cauſa, emptoris & venditoris, ideoque vtrinque præſtatur dolus & culpa, ſequitur vt quæ emptionis venditionis cauſa dantur, dici poſſint vtriuſque cauſa dari, dantis & accipientis: quod hic accidit. Res enim relinquitur vt peritioribus oſtendatur, oſtenditur vero vt ematur. Ex quo apparet non caſum quidem fatalem ad me qui accepi pertinere, ſi non mea culpa acciderit: cuſtodiam vero, id eſt culpam pertinere, *l. cum duobus, 52. §. damn. ſup. pro ſocio.* nec mutat quod te dicar rogaſſe vt veſtimenta apud me relinqueres, vt dicemus *in l. apud, 20. §. vlt.*

Ad §. Si quis ſponſionis.

DVo contendebant ex honeſta cauſa, puta *ni dictu meo Pœnorum exercitus deletus ſit, ni vir bonus ſim vel dicar eſſe*: & ſponſionis cauſa, id eſt ea lege ſinguli annulos dederunt alicui vt victori vtrunque redderet. Quæritur quænam victori de anulis reddendis bona ſit actio aduerſus cuſtodem? an depoſiti? Atqui in depoſito non transfertur poſſeſſio: hic vero transfertur, vt dicemus *in l. ſequ.* Deinde ſinguli ſuos anulos depoſuerunt; non victor annulum victi, aut contra. Depoſiti quidem actione, niſi translata eſſet poſſeſſio, poſſet quiſque agere de ſuo; at non de alterius anulo. Sabinus ex hac cauſa actionem furti & condictionem furtiuam inducebat: forte eo quod amplius quid depoſito eſſet hæc cuſtodia, nec poſt dationem inſuper contrectatione opus eſſet, qua in depoſito opus eſt; propterea quod aliter quam in depoſito, vt ſupra diximus, hic transfertur poſſeſſio in cuſtodem anulorũ. Quod ſi ita eſſet, excluderetur quoque actio præſcriptis verbis, vt diximus *in §. Papinianus.* Sed

R hoc

hoc reprehendit Vlpianus. *Quomodo enim*, inquit, *rei nomine cuius neque poſſeſſionem neque dominium victor habuit aget furti?* Omnino is agit furti cuius intereſt.*l.cuius* 10 .*inf.de furt.* intereſſe autem poteſt dominii tantũ vel vſus poſſeſſioniſue nomine, quia earum tantum rerum furtum fieri poteſt.*l.1.l.itaque.12.l.ſi is cui* 71. §.1. *l.ſi vendidero 92.eod.* At in hac ſpecie victor nec dominium nec vſum aut poſſeſſionem anuli ab altero habuit. Ergo ait actionem præſcriptis verbis competere. Si vero ex inhoneſta cauſa ſponſio facta ſit, puta *ni ego ſceleratior aut periurior quam tu;* vter vicerit, is non aget præſcriptis verbis, ſed vtrique ſui anuli duntaxat repetitio erit, id eſt condictio naturalis, vt dati ſine cauſa; quia nõ iuſta cauſa ad cuſtodem peruenit: *l.* 1. *in fin. ſup. de condict. ſin. cauſſ.* at non condictione ob turpem cauſam, quia nulla turpis cauſa accipientis fuerit. Si hæc cauſa turpis eſt, vtriuſque deponentis æque turpis eſt: ſed hoc nihil facit vbi neuter poſſidet. Cæterum etſi accipientis ſeu poſſidentis turpis cauſa non ſit, non melior eſt tamen; quippe eius qui non vt vllo retineret caſu, accepit, ſed omnino vt redderet.

Ad L. Si apud te. 18.

IN ſuperiori ſpecie actum eſt de depoſito duorum anulorũ à duobus ſingulis ſingulorum dominis ita facto vt ambo vni redderentur. hic vero agitur de depoſito vnius ſummæ ab vno facto vt alii redderetur. Hoc nihilomagis quam ſuperius, ſimplex eſt. nam ſimplex depoſitum non alii redditur quam depoſitori. *l. quod ſeruus,* 11.*l.bona fides.31.ſup.depoſ.* Si duo vnum & idem quid depoſuerint, ſiquidem commune depoſitum ſimplex eſt, & depoſiti actio cuique erit pro qua parte à ſe depoſitum fuerit: ſi vero in ſolidum depoſuerint, non ſimplex depoſitum eſt. Quid in ſolidum? inquies, cum duo in ſolidum domini vel poſſeſſores vnius & eiuſdem rei eſſe non poſſint. *l.*5.§. *vlt.ſup. commodat.l.duo.*19.*infra. de precar.* Interdum eſt etiam, inquam, vt deponatur à duobus inſolidum, ſi quando controuerſia eſt inter duos vter ſit poſſeſſor vel dominus. Tantiſper enim conueniunt de poſſeſſione dimittenda apud depoſitarium, & quæ apud neutrum eorum inſolidum ab altero rata eſt, rata eſt apud depoſitariũ, qui ideo proprie dicitur ſequeſter: is eſt apud

quem

quem vnius rei poſſeſſio eſt ex duorum vel plurium conſenſu pendente controuerſia, qua finita reddat victori *l. 6. l. licet 17. ſup. depoſit. l. ſi cui. 25. § 1. inf. de liberal. cauſ. l. intereſſe 39 infra de acq. poſſ. l. ſequeſter 110. infra de verb ſignif.* Cæterum vt ſimplex depoſitum non eſt, ſic non ſimplex ex eo depoſiti actio; ſed in ſequeſtratione ſequeſtraria, in cæteris præſcriptis verbis. *l. 9. § Labeo. ſup. de dolo. l. ſi in Aſia. 12. §. cum ſequeſtro. ſup. depoſit.* Fugitiuarius eſt qui operam profitetur fugitiuos ſeruos inueſtigandi & ad dominos reducendi. *leg. 1. cod. Theodoſ. ſi vag. mancip. petat.*

Ad L. Rogaſti. 19.

ROgaſti me mutuam pecuniam: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam vt pretium eius tibi mutuo ſumeres: non vendidiſti, vel vendidiſti quidem; ſed non vteris pretio: quæſtio eſt qua actione agam; an mandati, vt de pretio rei meæ à te ex mandato meo venditæ, vel omnino vt rationẽ actus tui mihi reddas; an condictione certi, vt de mea pecunia tibi credita? Hoc negotium longius abeſt à mandato; quod ſi vllum eſſet, id tua vnius mandatarii cauſa ſtare neceſſe eſſet. Penderet enim totum ex cauſa mutui quæ præceſſiſſet: à qua cauſa initium habuit hoc negotiũ. mutui vero quod me rogaueris poſtquam non agitur de vſuris, cauſa & vtilitas plane tota tua eſt. Itaque nullum huiuſmodi mandatũ eſſe poteſt. Sane ſi pretio recepto vtereris, Vlpianus dicerat mutuum eſſe, *vt in l. rogaſti. 11. ſup. de reb. cred. l. 3. §. is autem. in fin. l. 7. §. mutui. ſup. de S.C Maced.* Africanus vero Vlpiano ætate ſuperior, id eſt iuris religioſior, etiam tum negaret mutuum eſſe. *l. qui negotia. 34. ſup. mandat.* quia pecunia ex venditione rei meæ redacta nondum mea ſit; ex qua de meo tuum fieri poſſit. *l. ſi ego. 24. ſup. de negot. geſt. l. res ex mandatu. 59. infra de acq. rer. dom. Paul. lib. ſent. 2. tit. 17. ſent. fundus. Alioquin* inquit Africanus, *dicendum eſſet ex omni contractu nuda pactione creditam pecuniam fieri poſſe.* Vlpianus *in dict. l. rogaſti.* hoc lædit nomen & definitionem mutui quod nolit in cauſa mutui neceſſe eſſe vt tibi numerem, ſed ſatis eſſe quod dederim tibi, cuius ex venditione mutuum tibi ſumeres: ſatis eſſe quod pecunia ex cauſa mutui ad te peruenerit: continuam rei adminiſtrationem ex conſenſu vtriuſque à traditione rei eiuſdemque vendi-

tione vſque ad ſolutionem pretij & verſionem eius in rem debitoris, negotium de primo ad vltimum vnum conſtituere, quale inter eos propoſitum & tractatum fuerit: & quia negotium mutui cauſa cœptum eo vſque proceſſerit vt pecunia ad te peruenerit, quamuis longiori ſerie actus, tamen mutuum eſſe: eadem plane ratione qua idem Vlpianus *in l. ſingularia 15. eod. titul.* tentat pecuniam quæ ex adminiſtratione negotiorum meorum apud te reſedit, nuda conuentione vel conceſſione mea tibi in mutuam verti poſſe, cum videret idem iuris iam benigne receptũ eſſe in duab. perſonis, in te & debitore meo, quem iuſſerim pecuniam tibi dare, q̃ mihi vt à me creditam ex cauſa mutui deberes: quamvis nec meam pecuniã, ſed mei debitoris, nec à me ſed à debitore meo accepiſſes: *d. l.* ſingularia: per fictionẽ breuis manus, de qua *in l. licet. 43. §. 1. inf. de iur. dot. l. 3. §. ſed ſi debitorem. inf. de donat. int. vir. & vxor.* quam fictionem certe æque facile eſt inducere tum inter dominum & procuratorem, tunc etiam hoc loco. Poſtquam enim rem tibi à me ex mutui cauſa vendendam datam vendidiſti & pretiũ recepiſti, quid obſtat quominus fingamus id quod ad mutuum perficiendũ supereſt, te mihi dediſſe, deinde rurſus me tibi? Africanus vero nihilomagis in vtrolibet caſu in quo Vlpianus, probauit mutuum eſſe in dict. l. qui negotia, etiam ſi admittat breuem manum inter te, & debitorem meum: quia id benigne contra rationem iuris receptum, producendum non ſit ad conſequentias *l. quod vero 14. cum ſeqq. ſup. de legib. l. fideicommiſſaria. 23. §. penult. infra de fideic. libert.* Poſtquam dixero Vlpiani vt recentioris ſententiam vt æquiorem magis apud nos probari, eadem iuris benignitate qua iam tempore Africani receptum erat vt per me videaris accipere, id quod mandato meo per debitorem meum accepiſſes, *dict. § ſed ſi debitorem. l. vt mihi 21. inf. de donation. l. mortis cauſa capimus. 18. inf. de mort. cauſ. donation. l. qui mandat. 56. inf. de ſolution.* ne etiam valde abſurdum ſit vt quod per te poſſum erga alium, id non poſſim erga teipſum; *facit. l. ſi negotia. 31. ſup. mandat. l. ſi emptori. 30. infra de euiction l. cum in fundo. 78. §. vxor viro. infra de iur. dot.* obiter quoque placet huius loci occaſione vna omnes amicitia & prece monere & rogare in toto iure ne locos omnes omnibus conciliare velint ſine ætatum iuris auctorum diſcrimine. Alioquin cur poſteriorum notas ad priores recipimus? puta *in l. cum quidam. 24. inf. de legat. 2. l. quo enim. 12. inf.*

rem

rem rat. haber. l.7.ſup.d.de pact. l.ſi quis rem 30.ſup.de recept.qui arb. ius paulatim creſcere ſolitum eſt.*l.quæſitum 12.§.ſed ſi fundus.15 inf.de inſtruct.vel instrum.leg.* Poſteriores Iuriſconſulti non potuerunt quod priores ſcripſerant, non contra priores quod poſteriores: adeoque vim Iuriſconſultis noſtri mihi videntur adferre cum tanta ope nituntur vt eos in concordiam adducant, *in leg. auus. 79 infra de iur. dot.& l. 6. infra de collat. bon. in l. 7. infra de manumißion. & leg. cum dominus, 19. §. vlt. cum l.ſeq. infra de pecul. legat. in l. 4. §. de illo, infra de vſurp. & vſuc. & l.qui ob pactionem,9.cum l. ſequ.inf.pro emp.in l.pupillus;11.inf.de acquir.rer. dom. & l.poſſeßionem,29.infra de acquir.poſ.in §.ſeruus autem inſtituit. qui teſtam. tut. dar. poſ.& l.ſi hereditas. 10.§.vlt.infra de teſtam.tut* vt alibi demonſtrauimus *in l.qui ſcit.25.in fin. infra de vſur.& l.qui bona 23.l bona fidei.48.§.1.infr.de acq.rer.dom.in l.ſi poſt.68. in fi. inf.de legat.1.& l.peculium 65. §.vlt. inf. de legat.2.* vt aperte oſtendit *l.ſi quis ſeruo 84. eod.l.quidam.19.infra de manumiſ. teſtam.in l ſeruo alieno 113.infra de legat.1 & l.debitor. 82.§. vlt.infra de legat. 2. in l.ſi vnus. 27. in princ. ſup. de pact.& l.ſi rem.31. §. 1.de nouation. in l. 7. & l.ſi communis. 37. infra de ſtipulat. ſeruus.in l.cum dos.circa fin. infra de pact.dotal.& l.2.in fin. princ.infra ſolut.matrim.in l.vlt.§.penult.infra quæ in fraud.credit.& lege in Falcidia.9. infra ad leg. falcid.in leg.qui heredi.44.§ ſi duorum & leg.cui fundus.56.in fin.inf.de condict. & demonſt.in l. 1.§.per contrarium. de dot. prælег.& l.1. §. in alienatione ſup. quand de pecul.act.ami.in l.1.§.1.inf.de remißion & l.1.ſup ſi vſusf.pet.l.2.§.1.& 2 ſup.ſi vſusf. pet.ſi ſeru vind. in l. parui 17 ſup de condict. furt.& l. qui decem. 72.§ idem reſponſum eſt.verſic. ſi tamen. infra de ſolution. in l. 2. ſup. commu. diuid. & l. vt ſit. 31. l. vt in conductionibus. 33. ſupr. pro ſoc. in.l. rem alienam. 41. ſup. de pign.act &.l.ſi Titio.22.infra de pignor. in l.3.§.vlt.& l.5.§.1. infra de ſeparat.* Eodem facit *l.adeo.7. §.quod ſi vno circa fin.& l. Attius.38. infra de acquir. rer.dom.* Quid quod ipſi Iuriſconſulti nonnunquam variarunt? Sed huiuſcemodi locos alii iandiu indicarunt. Cæterum hoc loco mutuum ſit an mandatum, multum intereſt propter vſuras, quæ ex cauſa mutui nõ debentur ſine ſtipulatione, ex cauſa mandati debentur, *l. ſi pro parte.10.§. ſed vtrum.ſup.de in rem verſ.l.idemq́;.10.§.ſi quis Titio ſup. mandat. l. Luc. Titius, 24.l.Pub. Mæuius. 26.§.1.ſup. depoſit.l.cum quidam.17.§.ex locato. inf. de vſur.l. 5.cod de pact int.empt.& vendit.* Hæc certa ſunt quo caſu res vendita fuerit & pretio is qui rem mutui cauſa accepit pro mutuo vſus ſit: ſed quæſtio

eſt an ſit neceſſe negotium eo vſque progredi quo mutuum ſit, *in d. l. rogaſti,11.ſup.de reb.cred. Si vendideris, puto pecuniam mutuam factam,* inquit; hic vero, *ſi vendidiſti quidem, pecuniam autem non accepiſti, tutius eſt agere præſcriptis verbis, quaſi negotio quodam inter nos geſto, proprij contractus, in d.l. 11.* forte hanc aliquis rationem adferret, quia pecunia ab eo cui res data eſt, vel iam exacta eſt emptori vel exigi poteſt, *l.item veniunt* 20. § *redactæ ſupr.de hared.petit.l.ſicut,*8.§ *ſi debitor vendiderit,infra quib.mod pign ſol.* Verum id ipſum aperte hic negatur: *& in dict.l.item veniunt,§.ait;* ſenatus placere, ſatis oſtenditur, pecuniam nondum exactam non omnino pro exacta haberi, eo quod bonæ fidei poſſeſſor liberetur ſi tantum præſtet ſuas actiones. Quando igitur hoc loco vult Vlpianus tunc demum nihil intereſſe inter mutuum & rem mutui cauſa vendendam datam, cum ex ea re pecunia redacta, & in mutuum accepta fuerit, tutius eſt dici ea ſpe vel ratione *in d.l.rogaſti,* 11. eundem nihil intereſſe inter venditionem & pecuniam ex cauſa venditionis ſumptam proponere, quaſi certe accepturus ſit qui vendidit: & cum dicit: *ſi vendideris*: nobis etiam poſſeſſionem vel pecuniam ex ea cauſa traditam vel numeratã & exactam mutuoque acceptam intelligendum eſſe vt multis aliis locis *ſup. de pub. in rem act. & infr. de vſurp.& vſuc.& tit pro empt l.ſi legationis,25.ſup.de iudic.l.alieno,31.§. vltim. l.Thais,41.§.Lucia,infr.de fideicommiß.libert.l.cõmunis,42.§.1.inf.de acqu.poß.l. quod vendidi, 19.ſupr. de contrahen. empt.l 5.§.ſed ſi ſupr de tribut.act dict. l.Item veniunt,* 20. §. *redactæ,ſupr.de hared. petit.dict.leg ſicut,*8.§ *ſi debitor vendiderit.* Hic vero accuratius & apertius, niſi pecunia ex cauſa venditionis accepta ſit & pro mutuo habita tanquam à me qui mutui cauſa rem dedi, numerata ſit; pro mutuo non habendum eſſe, *vt in l.cum ſeruus,* 39. §. *ſi Titius,l.huiusmodi,*84.§.*qui ſeruum,infr.de legat.1.l.ſi quis hac lege, 41.l. à Titio, 72.ſup.de rei vindic.l ſed & ſi.25.§.1.ſupr.de vſufr.toto tit.infr.de except.rei vend.l. eum qui,*14.*inf.de furt.l.3.C.de euiction.* Martial.lib.8.

Emit lacernas millibus decem Baſſus,
Tyrias coloris optimi, lucri fecit:
Adeo bene emit,inquis,imo non ſoluit.

Poteſt tota venditio & mutuum intelligi vt ſcirpus quidam de cauſa mutui & venditione quæ ineſt vſque ad liquidum mutuum perducta, eadem

eadem voluntate quaſi eodem filo durante; de quo & ſupra diximus *in l.5.§.1.in fin. & facit l.1 §.ſtatuit ſupr. quod quiſque iur. l amplius,15.infr rem rat. hab.* poteſt etiam intelligi de cauſa tantum quæ interrumpatur ante effe-ctum. Et ita hic emptio venditio poteſt quidem cauſam continuam habuiſſe intelligi & ſic perfecta fuiſſe, nec tamen mutui cauſa perfecta dici, niſi tu venditor pretium acceperis & pro tuo vſus fueris.

Ad §. *Si prædium.*

EGo dedi prædium meum pignoris nomine creditori tuo vel dedi tibi per te pſum pignori obligandum, *l.5.in fin. infra de pignorib.* ſi pa-ctus ſum mercedem locatio eſt eo quod videar prædium meum tibi fruendum dare. Fructus enim rei eſt vel pignori dare licere, *l vlt.infr.de vſur.* Ergo eo caſu quodcunq; pactum actione locati potero exigere. Si non pactus ſum mercedem aut quicquam aliud donatio eſt ex qua nulla a-ctio manet: Si vero placuit vt fideiuſſorem dares de hoc ære alieno ſoluendo & pignore luendo, ad id exigendum actio eſt præſcriptis verbis quaſi ex ſpecie *do vt facias.* Cæterum quod excipit, *niſi merces interuenerit,* ei opponitur *l.2. ſupr.de æſtim act.* vbi dicitur præſcriptis verbis actionem vtilem eſſe etiam ſi merces interuenerit. Verum ea lex intelligenda eſt vbi incertum ſit de perſona locatoris, & conductoris, vter locator vel conductor, prout ponitur ſpecies *in l.1.eod.tit.* vt explicauimus *in l.1. ſup.hoc ti.* hic vero ſi merces interuenerit non dubium eſt me qui prædium pro te obligaui vel dedi tibi obligandum, locatorem eſſe mei prædij, te vero conductorem, interuenit etiam merces *in l ſi tibi polienda,22.infra,* nec minus actio eſt præſcriptis verbis vt dicemus.

Ad L. Apud Labeonem, 20.

VEnales equos habebam: eos cum tu emere velles, tibi experiundos dedi ea lege vt videres & ſtatueres intra triduum de his emendis vel reddendis, expertus es deſultorem agens & currens in ſacro certamine, id eſt in circo, vbi viciſti, nunc poſt triduum non vis emere, nec reddis quæſtum quem feciſti vincendo: quod debes. Nemo enim lucrum facere debet ex re aliena, *l.Iulianus,17.§.ſed & fructus,ſup.de rei vindic. l.ſi pignore, 54.inf.de furt. l.idemq;,10.§.ſi procurator.ſup.mand. l.ſi inter,21.§.vlt.inf.de pign.*

Victo-

Victoris quædam fuiſſe præmia in primis oſtendit lex duodecim tabul. *Qui coronam peperit ipſe pecuniaue eius, virtutis ergo arguitur: ipſi mortuo parentibusque eius dum intus poſitus erit foriſque feretur, ſine fraude impoſita eſto.* Deinde *l. commodis 40.inf.de re iudic. & l.1. eod. de athlet.li 10.l.5.cod. quæ res pig.obl.poſſ.li.10.Rurſus Pompon. in l is qui.3.§. 1.ſup.commodat. Si quem quæſtum fecit is qui experiundum quid accepit, veluti ſi iumenta fuerint eaque locata ſint; id ipſum præſtabit ei qui experiundum dedit*, inquit. *Neque enim ante eam rem quæſtui cuiq; eſſe oportet quam periculo eius ſit.* Atqui locare videtur qui in Circenſibus his vtitur. *l.plenum.12.§.equitii,ſup.de vſu & habit.* Quæritur nunc qua actione quæſtum à te conſequi poſſim: venditione actione? Atqui emptio venditio nondum fuit de equis. Supereſt igitur præſcriptis verbis agendum.

AD §. *Item apud Melam.*

HIc eadem ſpecies eſt, niſi quod experimentum gratuitum non eſt ſi forte is qui accepit, emere nolit: quo caſu conuenit quantum in ſingulos dies mercedis nomine præſtare deberes. Quod ſi expertus emere velis, non aliud pretium experimenti erit quã totius rei: Ipſa emptio venditio, experimenti pretium videbitur. Itaque eo caſu de experimento nulla per ſe quæſtio erit. Si vero nolis, videndum es quis fuerit hic contractus quæve ex eo actio, non enim locati eſt experimenti, quæ ab initio non fuit, vt diximus ſuo loco & ſequitur dicendum amplius *in l.ſi tibi polienda.inf.* Locatio omnino non eſt ſine certa omnino mercede, quæ hic non omnino certa eſt. Certa eſt quidem quo caſu mulæ diſplicuerunt, nulla vero eſt quo caſu placuerint: ſed neuter caſus ab initio certus eſt. Contractus igitur magis incertus eſt, ex quo de mercedibus ſit actio præſcriptis verbis. Si mulæ placeant, emptio venditio dici poterit; ſed non ex prima conuentione qua de experimento conuenit: quin potius ex noua, qua demum emptio conſtituta fuerit. At finge nunc mulas à graſſatoribus intra dies experimenti ablatas eſſe: quo caſu mulæ nec placere nec diſplicere poſſunt. Diſtinguit Vlpianus cum Mela, vtrum emptio iam contracta erat an futura. Iam cõtracta, nempe certo iam ab initio pretio quo emerentur mulæ, & periculo ſtatim in accipientem tranſlato; ſed lege addita vt ſi diſplicerent, inemptæ fierent, pacta

eo

eo caſu mercede in ſingulos experimenti dies: quo caſu non refert emptoris culpa ablatæ ſint mulæ nec ne, nec an intra dies experimenti an poſt. Agitur enim actione venditi & præciſe ad pretium, vt ex venditione mulis traditis. Si futura, id eſt ſi conuenit vt ſi placuiſſent, tum demum emptæ eſſent dicto pretio; ſi vero diſplicuiſſent, eodem modo vt ſuperius, in dies ſingulos certum aliquid præſtaretur; merces petetur, nempe actione præſcriptis verbis; Idque ita ſi non accipientis culpa hanc vim præceſſerit. *l. 5. ſup. de reb. cred. l. cum duobus 52. §. damna. ſup. pro ſoc. l. penul. ſup. de condict. cauſ. dat.* Omnino enim culpā præſtare debet qui experiundi & emēdi cauſa accepit. Quod ſi abeſt culpa, merces tantū petetur, eaque tantū antecedentium dierum ante mulas ablatas, ſi intra dies experimenti ablatæ ſunt; ſi vero poſt omnes finitos, non ſolum omnium qui præſtituti ſunt, ſed etiam ſequentium ante mulas ablatas, quaſi quotidie repetita mercedum pactione. *l. Item quæritur. 13. §. vlt. cum l ſequ. ſup. locat.* non enim recte videtur Accurſius in rebus mobilibus contra ſentire, atq; eo loco cauetur in immobilibus; ne alioquin videatur meliori condicione qui in mora ſit aut certe eſſet, quam qui non ceſſaret. Non debent dies qui præſtitutos excurrunt, carere ſua mercede; cū & ſi nulli præſtituti eſſent, merces ſuo caſu, id eſt quo culpa abeſſet, omnium dierum ante ablatas mulas peteretur. Videretur enim conueniſſe de omnibus ante mulas redditas. Adiectio vero certorum dierum qua nihil aliud creditor quam ſibi cauere voluerit, eum damno afficere nō debet. *l. 3. inf. de ſeparation. l. 3. §. duæ in fin. infra de Carbon. edict. l. qui mutuam. 56. ſup. mandat.* Certorum dierum adiectio quos intra experiaris & decernas de multis emendis vel reddendis, in tuam gratiam cedit; ne ante tenearis emere vel reddere: cæterum tempus quo vltra ceſſas emere vel reddere mihi cedit, ſi mulas repetere velim aut mercedes vltra nolim. Quod ſi non repetam vtrique æque cedit; eadem vtriuſque cauſa ex tacito conſenſu perſeuerante.

Ad §. Si cum emere.

IN l. ſi gratuitam. §. ſi cum mihi. ſupra diximus quæ fiunt emptionis venditionis cauſa, in eis cuſtodiam præſtari ab eo qui accepit, id eſt periculum leuis culpæ; propterea quod omnis emptio venditio, cuius

S cauſa

cauſa ea fiunt, vtriuſque vtilitatem continet, emptoris & venditoris: periculum vero fortuiti caſus ad venditorem, id eſt ad dominũ ante emtionem venditionem ſpectare. idem quoque hoc loco vſuuenit. Vaſcularius enim vendendi cauſa ad te qui emere etiam volebas, argentea vaſa detulit & penes te reliquit. nec ſapio cum iis qui diſtinguunt quis rogauerit, vaſcularius te an tu vaſcularium. *in dict. §. ſi cum mihi.* qui emere volebat veſtimenta, rogauit venditorem ea apud ſe relinqui vt peritioribus oſtenderet, nec tamen eo magis periculum ignis vel vis maioris præſtat. Omnino cum certum non eſt cuiuſnam ſit dandi vel accipiendi cauſa, eo valet quis rogauerit, inſpicere, vt certum ſit quatenus periculum dantem vel accipientem maneat: propterea quod alioquin non eſt quomodo aut quatenus periculum alteri non domino iniungamus; veluti in ſpecie *dict. l. ſi gratuitam.* §. 1. vbi æſtimatio occultat veritatem ſeu veram cauſam rei. Alias vero ſi de aliqua cauſa certum ſit, non ante ex rogatione periculum vtrius ſit æſtimamus, quam cauſam quæ ſine rogatione certa erat, remouerimus: puta *in l.* 4. *ſup. de reb. cred.* vbi quia in fœnore certa per ſe vtriuſque cauſa eſt, creditoris & debitoris; ideo ea remouetur diciturque creditorem nec cauſſam nec propoſitum fœnerandi habuiſſe: vt deſiderium pecuniam depoſito in ſpem & cauſſam mutui accipientis demonſtretur cauſam totius periculi in eum transferendi dare, quamuis nondum mutuum ſit. At cum certum eſt de emptionis vel alia cauſa, nec ea prius ſummota eſt, vt *in dict. §. ſi cum mihi*, diſtinguendum non eſt de rogatione: cum & ſi rogatus ſit venditor, nihilominus periculum eius futurum ſit de fortuito caſu ante perfectam venditionem. fruſtra enim rogatur qui cupit vendere. Sic *in l. rogaſti.* 11. *ſup. de reb. cred.* vbi rogaſti me vt tibi pecuniam crederem, ego vero cum non haberem, lancem tibi vendendam dedi vt pretio vtereris; vt videamus num faciat quicquam hæc rogatio ad mutandum periculum, & num neceſſaria fuerit, quærimus an prius lancem venalem habuerim nec ne: eo plane vt eo caſu meo quamuis rogati periculo ſit res. Porro hoc loco vt certum ſit de cauſa emptionis, Vlpianus hoc inſtillat: *Si cum emere argentum velles, vaſcularius ad te detulerit* Vaſcularius vero, id eſt artifex vel mercator vtique vult vendere: quod eo fit certius, quod vaſa ad te detulerit. itaque vaſcularii ante perfectam ven-

venditionem detrimentum eſt ſi fortuito caſu perierint. Tum adiicit culpam ſerui cui cuſtodiendum referendumve dederis, tibi accipienti imputari. Scilicet, eſt enim pars cuſtodiæ tuæ videre cui ſeruo & quam idoneo argentum cuſtodiendum referendumve committas. *l. argentum.*20. *ſupr. commod. l. vtique.* 16. *ſupr. de rei vind. lege quotiens.* 21. videor mihi ſatis explicaſſe in præfatione, poſtquam eadem exceptionum ratio eſt atque actionum.

Ad l. Si tibi polienda, 22.

DEDI tibi veſtimenta polienda vel ſarcienda, ſi gratis, mandatum eſt; ſi mercede, ſiquidem certa, locatio conductio; ſi incerta, puta conuenit quidem ne gratis polires vel ſarcires nihil præterea: habita ſcilicet fide inter nos facile poſtea conuenturum quantum tibi darem: nec mandatum eſt, quia conuenit de mercede: nec locatio, quia non de certa aut definita. nam vt in emptione venditione certum pretium, ſic in locatione, quæ certe eius eſt ſpecies: certa merces neceſſaria eſt. §. *pretium autem. inſtit. de empt. vendit.* & §. 1. *tit. ſeq l. ſi merces.* 25. *ſup. locat.* itaque quaſi de nouo negotio placet in factum dandum eſſe iudicium, id eſt præſcriptis verbis.

Ad L. Duo. 23.

EIus quod *in L. apud Labeonem.* 20. §. *vlt. diximus,* rogationem eſſe poſtremam omniũ de vtrius periculo decernendi cauſam, de qua quærant I.C. exemplum hic rurſus habemus. Cæterum in hac ſpecie contractus quia datum eſt alicuius rei cauſa & lege, ideo actionem in factum quam reſpondit Alfenus præſcriptis verbis cum Accurſio interpretari poſſumus: ſed tamen non neceſſe eſt, vt diximus in præfatione & in *l. ſi vir.* 12. *ſup.* quia de reſtitutione anuli tãtum agitur. nec mouet quod eius actionis exitus erit vt in æſtimationem anuli condemnetur is qui accepit, poſtquam anulum ipſum reſtituere non poterit: quia non ab initio id actum eſt: quod ſi actum fuiſſet, emptio venditio fuiſſet, non contractus incertus.

Ad L. Titius, 24.

Titius triginta numum millia Sempronio dedit ea lege vt ex eius pecuniæ reditu tributum quod Titius fiſco deberet, Sempronius præſtaret, computatis vſuris ſemiſſibus. Reditus pecuniæ nihil aliud quam vſura eſt. Redit enim ex fœnore, non minus quam reditus prædij ex locatione, *l. alumnæ, 30. infra de adim. legat. facit l. 3 ſup. de vſufr. ear. rer. quæ vſu con.* fœnus quaſi numorum locatio eſt. Horat. ſermon. 1. ſaty. 2. *Omnia conductis coemens obſonia numis.* Et paulo poſt. *Quinas hic capiti mercedes exigit.* Capiti, id eſt ſorti, quinas mercedes, id eſt vſuras quincunces. hoc negotium ciuile eſt ſeu contractus *do vt des.* Computatis vſuris ſemiſſibus, id eſt ne Sempronius teneatur vſurarum nomine plus vel minus præſtare; ſi quid plus, id ex ſorte decederet; ſi quid minus, vt id Titio ipſi præſtaret. Hæc computatio eſt reditus ſeu ſemiſſium vſurarum quas viciſſim dat Sempronius amplius quam accepit, ad quam computationem additur & de ſorte: vt quantum intra ſortem vel ſi amplius tota ſorte Sempronius cauſa Titij præſtitiſſet, teneretur Titius ei reddere: quæ ſortis computatio eo pertinet vt tanto minus Sempronius Titio reſtituat de eo quod ab eo accepit. Hæ leges ſtipulatione vinctæ aut confirmatæ non ſunt. Quæſtio eſt igitur quod Sempronius ex ſemiſſibus vſuris amplius redegiſſet quam tributorum nomine præſtitiſſet, aut omnino quod apud illum de ſorte ſupereſſet, vel ſi etiam amplius tributorum nomine ſoluiſſet quam in tota ſorte eſſet: quanam actione id inter ſe petere deberent Titius & Sempronius. Africanus antequam huic quæſtioni reſpondeat, prius aliud expedit de quo quæſitum non eſt, an vlla actione hinc debeantur ſemiſſes vſuræ, quaſi dubium ſit an hoc mutuum ſit: propterea quod in credito pecuniæ, quale eſt ex mutuo, non veniunt vſuræ niſi per ſtipulationem promiſſæ. In ſtrictis iudiciis pacta conuenta & ſi quam maxime poſſit, ex continenti adiecta, non inſunt tamen ex parte actoris, quaſi contractus ſtrictæ formæ extra formam nihil continenter adiectum habere poſſit: Quare fit vt pactum de vſuris ſine propria ſtipulatione pro nudo habendum ſit, quod velamentum non habeat à ſtricta contractus forma, à qua tanquam ex temporis interuallo factum abeſt. Mutuum vero conſtat ſtrictæ formæ eſſe; quia nunquam ex eo incertum petitur, quod vtique vel certum vel non mu-

cuum

tuum eſt. Omne certum ſtrictum eſt, omne incertum ſimplicius æquum & bonum, quod certum fieri poteſt demum arbitrio iudicis, *l. 6. ſup. de reb. cre. l. ſtipulationum quædam, 74. inf. de verb. obl. Verum in propoſito videndum*, inquit Afric. *ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat quam quaſi mandatum inter eos contractum*. hæc ſententia eſt, ſi mandatum ſit, non videri nudum pactum quo promiſſæ ſunt vſuræ, ſed ineſſe in hoc negotio etiam ex parte actoris quaſi in continenti adiectum ſit. mandatum enim contractus bonæ fidei eſt. *niſi quod vltra ſemiſſem conſecuturus eſſet*, inquit Afric. hac exceptione vult quominus hic mandatum ſit, omne mandatum gratuitum eſſe, *l. 1. §. 1. l. ita vt 36. ſup. mand.* hoc vero negotium non gratuitum eſſe, ſi forte Sempronius grauioribus vſuris eam pecuniam occupare potuerit, vnde & ſemiſſes ſoluere & aliquid præterea lucri facere poſſit, *l. idemq; 10. §. ſi procurat. l. ex mandato, 20. ſup. manda.* iſtud compendiũ quamvis incertum, certe mandatum iam ab initio impedit, *vt ſup. in l. 5. §. vlt.* ne vllo caſu mandatum non gratuitum ſit. nam ab initio de vnaquaq; ſpecie contractus conſtituendum eſt. neq; vnquam ex poſt facto diſcedendũ ex vlla vt in aliã migretur, vt ſæpius dixim' in depoſito quidẽ receptũ eſt, vt nihilominus teneat depoſiti actio quamuis depoſitario permiſſum ſit, vel ab initio conuenerit, ſi velit, depoſita pecunia vti. Iſque vſus fuerit, ideoq; vſuras ſiue ab initio ex conuentione ſiue ex mora debeat, *l. Luc. Titius, 24. cum l. ſeq. §. 1 l. Publia, 26. §. 1. ſup. depoſit.* Et forte eadem ratione hic tentare quis poſſet admittendum eſſe vt mãdatum teneat, quamvis negotium vt geſtum eſt, eius terminos excedat; quaſi iudicio bonæ fidei nihil contrarium ſit præter dolum & malam fidem. Sed tamen male hic dicitur Africanus ideo ad actionem præſcriptis verbis decurriſſe, quaſi eo argumento moueretur. Certus hic ſequitur apices iuris, quamvis bonæ fidei iudicio locum relinquat; quemadmodum & *in l. qui negotia, 34. ſupr. mandat.* quia non vt in depoſito, & in mandato vnquam admiſſum eſt vt diſcederetur ab eius finibus. Quæ benigne contra rationem iuris recepta ſunt ad conſequentias producenda non ſunt. in depoſito primum, vt minime ſuſpectum, receptum eſt vt ſi conueniſſet, præſtaretur etiam culpa nec non caſus fortuitus: quæ adminicula hactenus ferre poſſit natura depoſiti: inde obrepſit in depoſito quod conſequens ex æquo & bono erat, vt depoſitarius qui nummos ſuo periculo acce-

piſſet, etiam vti & nummorum dominus fieri poſſet, qui tantūdem eiuſdem generis ſoluendo liberari poſſet, id quod notiſſimos depoſiti terminos euidenter egreditur. Cæterum regulariter de ipſa contractus forma quæ ſemper teneat, ab initio conſtituendum eſt, nec deſultorie in eo agendum. Quare hoc loco mandatum omnino eſſe non poteſt, poſtquam negotium tale eſt vt incidere vnquam poſſit, in caſum quo mandatum eſſe non poſſit, ſi forte Sempronius ſupra ſemiſſes vſuras pecuniam acceptam fœnerauit. *Sed videndum eſt vt ne ipſius quidem ſortis petitionem pecuniæ creditæ fuiſſe intelligi debeat*, inquit. Compertum eſt vſuras neque vt ex mutuo peti poſſe neq; vt ex mandato: nunc iam mutuum in periculum vocatur, cum etiam de ſorte agitur. Primum in mutuo vt dantem oportet dominum eſſe dominiumque transferri, ſic etiam periculum, *l. incendium, 10. C. ſi cert. pet. l. ſi vnus, 67. § ſi vnus. ſup. pro ſoc.* in hac vero ſpecie ſi Sempronius pecuniam ſine dolo culpave amiſiſſet vel vacuam habuiſſet, forte cum idonea nomina non inueniret; dicendum nihil eo nomine eum præſtare debere, id eſt periculum non transferri, quod eſt infra mutuum. minus enim mutuo & donatio eſt potius quatenus minus redditur quam datum eſt. Deinde ſupra mutuum eſt quod conuenit, vt ſi tributorum nomine amplius præſtitutum eſſet quam ex ſemiſſibus vſuris redigeretur, id ſorti decederet. Non enim ait ius & cauſam pecuniæ creditæ excedi quod minus redditurus ſit Sempronius Titio quam acceperit, cum imo iſto caſu plus reddiderit quam acceperit. Quid enim intereſt Sempronius mutuum Titio à quo accepit, an eius voluntate fiſco reddiderit? Sed ait quod cui partem ſortis reddiderit, nempe alij quam à quo accepit, ei reddere condictione certi cogi non poſſet, numerationi quidem eadem omnia inſeri poſſunt quæ ſtipulationibus, *l. 7. ſupr. de reb. cred.* ſed hoc in numeratione pecuniæ dicitur tanquam in traditione cuiuslibet rei, *l. in traditionib. 48. ſup. de pact. l. 6. & vlt. C. de rer. permut.* condictioni vero certi ex mutuo quæ ſemel fuerit, nihil detrahi, nihil adiici poteſt, *l ſi tibi, 17. ſup. de pact. d. l. Luc. Titius, 24. ſup. depoſit. l rogaſti, 11. §. 1. ſup. de reb. cred.* Ex quibus colligit Africanus tutius eſſe præſcriptis verbis in factum actionem dari. Ea enim actione & ſi fiſcus agere non poſſit ſibi dari, poterit tamen Titius agere fiſco dari vel in id quo ſua intereſt fiſco datum eſſe: quod condictione certi

certi non poterit. Quo certi condictio ex mutuo & mandati actio ſingul r per ſe non ſufficiunt, quia certos plane diuerſos limites habent; eo ſufficit actio præſcriptis verbis: quia vt in genere, ambitu ſuo abſorbet quaslibet alias bonæ fidei actiones, nec vllis certis terminis claudit, deniq ue nullas iuſtas conuentiones ex continenti ſubſecutas non capere poteſt, *l.7.§.quinimo.ſup.de pact.* Bonæ fidei eſſe pluribus firmauimus in §. actionum autem, Inſtit. de action. quanquam opus non erat poſt, *l.2.§.1. infra de precar. l.2. C. de rer. permut.* ſed eo nos adegit interpretum inſania.

Ad L. Si operas, 25.

HÆc ſpecies non longe abeſt à ſpecie *l. ſi gratuitam, 17. in §. ſi cum vnum. ſup. eod.* fabriles operæ æſtimantur & in pecuniæ præſtatione conſiſtunt. Ideoque incidere poſſunt in contractum & cuiuis deberi, *l.6. l. operæ, 9. l. hæ operæ, 29. inf. de oper. libert. l. ſi non ſort. §. libertus, ſup. de condict. indeb.* Aliud eſt de officialibus quæ patrono tantum deberi vel præſtari poſſunt, *dict. leg. operæ, cum duab. ſeqq.* itaque nec locari conducive poſſunt, & faciunt partem iuris patronatus, quod inæſtimabile eſt, vt diximus *in l.5. in fin. ſup. facit l.1.6.10. C. de oper. libert. l. patronus, 25. infra de oper. libert.* & natura potius debentur quam iure ciuili, puta nec promiſſæ nec iuratæ debentur, & quidem antequam ceſſerint vel præteritæ ſint, vt ſolutæ repeti non poſſint. Fabriles vero non debentur natura niſi promiſſæ, & indebitæ per errorem ſolutæ repeti poſſunt, *dict. § libertus.* Non fruſtra igitur hic ait Fabriles, de quibus contrahi poteſt. Cæterum non locatio eſt, quia merces pecunia numerata deeſt. An igitur mutuum eſt? Omnium enim rerum quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt, mutuum eſſe poteſt, *l.2. §.1. ſup. de reb. cred.* Operæ vero non aliter conſiſtunt quam numero. In rerum natura non ſunt per ſe, vnde certa earum ſpecies eſſe poſſit, *dicta lege operæ, nona, lege prima, ſupra de oper. ſeru.* Quemadmodum nec genera, quorum obligationibus ſimiles ſunt operarum obligationes, *leg. libertus, decima quinta, § primo, infra de oper libert. l. in ſtipulationibus, 54. §.1. infra de verb. oblig.* Ideoque ait Marcianus in principio huius legis, vice mutua datas eſſe operas, quaſi non longe abſit à mutuo quæ hic ponitur ſpecies. Vtrinque rei qua de agitur, in genere functio eſt, eaque res certo numero data eſt, puta do tot operas ſerui

mei

mei vt totidē accipiā tui. *Sicuti ſi penulas dediſſet*, inquit, *vt tunicas acciperet*, nempe certo numero. Sed certus numerus non magis ad mutuum quā ad vllam aliam obligationem facit. Omnino enim nulla eſt eorum quæ pondere, numero vel menſura conſiſtunt, ſine adiectione ponderis, numeri vel menſura conſiſtunt, ſine adiectione ponderis, numeri vel mēſuræ, *l. triticum 92 l. ita ſtipulatus, iūs infra de verb. oblig. l. quidam. 30. inf. de legat. 2.* Quidnam igitur impedimento eſt quominus ſit mutuum? hoc vnum, inquam; quod in mutuo prius ſit idem genus pro eodem genere dari vel deberi. De eo tota huius loci quæſtio eſt. In mutuo primum omnium eſt vt ſit vtrinque genus, deinde idem; tum demum & certo ab initio pondere, numero vel menſura. Hic vtrinque genus eſt quidem; at non idem, nedū eodem & certo pondere, numero vel menſura. *Si aliud genus, veluti ſi pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*, ait Paul. *in dict. l. 2, in princ. ſup. de reb. cred.* Quod notatur etiam hic ex ſimili ſpecie penularum pro tunicis. Si numi pro numis, oleum pro oleo, triticum pro tritico; idē genus recipitur. Idem ſi penulæ pro penulis, tunicæ pro tunicis: idem ſi grex pro grege. *l. quod ſæpe. 35. §. in his verſ. ergo ſup. de cōtrah. empt.* Varro lib. de re ruſt. 3. cap. vlt. *memini Hirriū Cæſari duo millia murenarum mutua dediſſe in pondus*, inquit. Si vero operæ pro operis recipiantur, non tamen idem genus recipitur. Res illæ de quibus idē genus diximus, & quæque aliæ ſubſiſtunt per ſe; vt eandem ſpeciem, ſic multo magis idem genus facere poſſunt: quia vt ſimilis ſubſtantia eſſe poteſt, ſic qualitas & bonitas. Id requiritur in mutuo. *l. 3. ſup. de reb. cred.* Operæ vero non ſubſiſtūt per ſe, ſed in homine ſitæ ſunt, earumq; ſubſtantia talis eſt qualis fuerit hominis qui eas præſtat, affectus, robur, ætas, temporiſque oportunitas, quæ plerunque naturalem operarum cauſam mutant, id eſt ſubſtantiam, dict. *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus ſup. de condict. indeb.* nec alia ratione dictum eſt maiorem cuiuſque diei partem eſſe horarum ſeptem primarum, non ſupremarum; quam quia mane ſeu corporis ſeu animi maior ſit vis & alacritas, quam à meridie. Inde etiam perſpicua ratio *l. interdum. 34. inf. de oper. libert.* Quod ſi hęc ſpecies mutuū excedit, quia aliud redditur quam quod datum eſt, nec ad locationem tamen vſque pertinet, quia pecunia numerata deeſt; proximum eſt eum contractū dicere incertū & ex eo incerti actione præſcriptis verbis eſſe agē-
dum,

dum, *nec contrarium eſt*, inquit, *quod ſi per errorem opera indebita data ſint, ipſa repeti non poſſunt*, &c. Omnes conuentiones ſunt iuris gentium, etiamſi non omnes actionem pariant, *l. 7. ſup. de pact.* Sunt etiam quidem iuris naturalis: nihil magis naturale eſt quam ea ſeruari quæ inter nos placuerunt, *l. 1. ſup. de pact. 1. ſup. de pecun. conſt. l. 1. ſup. loc.* Verum id non tantum naturale eſt, ſed etiam gentium. Fruſtra enim cõueniat inter nos ſiue de dando ſiue de reddendo, ſiue de eodẽ ſiue de alio genere vel ſpecie in nudo iure naturali ſeu ante ius gentium, quo demum diſtincta ſunt rerum dominia. Et eo ſenſu Paulus, *in l. cum amplius*, 84. *inf. de diuerſ. reg. iur. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet: cuius fidem ſecuti ſumus. l. 1. ſup. de reb. cred. l. indebitam. 47. ſup. de condict. indeb.* materia vnde cuiuſque alterius fidem ſequamur, ſiue dando ſiue promittendo, à iure naturali eſt: ſed iure gentium addita eſt obligationibus forma, primum ex dominiorum diſtinctione; ex qua proficiſcitur æquitas illa ne locupletior quiſquam fiat cum alterius detrimento: deinde ex conuentione eorum quorum intereſt ſupra rei ſuæ æſtimationem, id eſt lucri ſui faciendi cauſa. Priori & rudiori illa ex dominiorum diſtinctione ſumpta, nec poteſt carere condictio indebiti quæ ideo attribuitur & iuri gentium ab eodem Marciano eodem libro *in l. rerum* 25. *infr. de act. rer. amot.* ſed quia maior & poſterior forma à conuentione partium eſt, ideo per comparationem ciuilis actionis, condictio indebiti hoc loco & plerunque iuri naturali relinquitur, *l. nam hoc*, 14. *cum l. ſeq. l. ſi quod*, 64. *ſup de condi. ind. l. cauſa*, 16. §. *ſed & illud ſup. de minorib. l. 5. infr de auctor. tut.* Idem in actionibus in factum, quæ & ipſæ ex re ipſa formam capiunt; aliter quam directæ, quæ capiunt ex lege quæ de eo facto lata eſt, vel ex conuentione, ex quibus dicuntur directæ: Idem in omnibus quaſi contractibus, vbi ex re actio venit, *l. furioſus*, 46. *infra de oblig. & act. l. ſi à furioſo*, 12. *l. ſi filiusfam.* 14. *ſupr. de reb. cred.* Quas actiones poſtquam à conuentione aut alio recto iure directæ non ſunt ab eo tantum eſſe & formari neceſſe eſt quod res ipſa quaſi natura, ſentire, loqui & ſtatuere vltro videatur, id eſt ab eo quod vir bonus arbitraretur. Hæc autem figura ſeu hoc ius imaginarium procedere non poteſt vltra rem eandem ipſam aut genus ſuum: quia naturaliter nihil ſeipſum aut ſuum ipſius genus egreditur. Ergo nihil vltra debetur. Hic & *l. 7. ſup. de condi. ind.* vnde inferri poteſt de operis indebitè ſolutis, eas repeti

non poſſe, poſtquam eędem aut eiusdē generis reddi non poſſunt. Conuentio vero dummodo vllum ſit velamētum, vlterius procedere poteſt: ex ea poteſt aliud pro alio dari vel deberi. Vnde in propoſito, vbi præceſſit conuentio, contrarium infertur. Si iure gentium, id eſt conuentione obligari poſſumus etiam vt aliud dādo aliud reddatur, quidni poſſumus vt operæ pro operis? non poſſint eædem aut tantundem eiuſdem generis reddi, ideoq; nulla ſit indebitarum per errorem ſolutarum repetitio: at certe poſſunt alię pro aliis, vt aliud genus pro alio genere. Sic per rationē differentiæ ſoluit ICtus nodum huius obiectionis. Sed tamen quod hic Marcianus omittit, Vlp. *in d.* §. *libert.* non omittit; operas indebite ſolutas per ęſtimationem condici poſſe; nempe quanti operas is qui dediſſet, locaturus fuiſſet: & interdum licere vt aliud præſtemus, aliud condicamus, &c. Vt *in d.* §. *liber.* Marcianus hic loquitur regulariter ex recta iuris naturalis ratione, qua nuda nō ſolum nulla eſt operarum indebite ſolutarum condictio, quia nec eædem nec eiusdem generis ſunt; ſed etiam nulla æſtimatio: ſi quidem & pecunia aliud eſt quam operæ. Pecunia quidē tum operæ fabriles tum omnia æſtimātur, qua ratione pecunia genus omniū rerū quæ in noſtro patrimonio ſunt, facere poteſt, *l. 4. & 5. l. pecuniæ, 178. l. pecuniæ, 222. inf. de verb. ſign.* & permutatio aut locatio operarum induci ad rationē huius repetitionis ineundam: ſed pecunia, æſtimatio & id genus omnia ſunt iuris gentium, quod ius excluditur eo ipſo quod de condictione naturali loquimur, iure enim naturali & ſine conuentione neque pecunia genus ipſum ſuum pecuniæ numeratę excedere neq; operarum genus ad pecuniam vſq; peruenire poteſt. Deniq; iure naturali permutatio aut locatio operarum non eſt. Vlpianus vero decidit ex æquo & bono vndecunq; ſumpto, vtili ratione iuris naturalis, quod citra ius gentiū quidem excludit æſtimationem vel locationem operarum, poſt ius gentium vero augetur quoq; earum rerum acceſſione quæ iuri gentiū conueniunt. Si nudum ius naturale eſſet, certe nō alia eſſet æquitas iuris naturalis, alia iuris gentium aut ciuilis. Poſt expreſſum vero ius gentiū vel ciuile ſuccreſcit tacite noua quędam ex eo ęquitatis ſuboles. Æquitatem ſic diſtinctam habemus *in l. bona fides, 31. ſup. depoſ.* ſic inceſtum *in l. vlt. inf. de rit. nup. l. ſi adulterium, 38.* §. *quare, inf. de adult.* ſic probra *in l. probrum, 42. inf. de verb. ſign.* Eo probamus æquitatem propagari atq; induci in quaſcunq;

ſpecies quæ nomine iuris increbuerunt, & operas quæ indebite ſolutæ mero iure naturali repeti non poſſunt, quia nihil eo aliud pro alio datur: eas mixtis præceptis ciuilibus, id eſt admiſſa ex iure gentium, quo aliud pro alio dari poteſt, ratione æſtimationis & locationis repeti poſſe.

Ad L. Si tibi ſcyphos, 26.

SCyphos tibi dedi vt eoſdem mihi redderes, id eſt non trâslato eorum dominio. Dare quidẽ eſt dominium transferre, ſed ita dare vt eadem ſpecies reddatur, id eſt dare excepto dominio, nihilq; aliud accipiẽti reliqui facere quam vt poſſit vti, *l. ſi tibi, 20. ſup de reb. cred. l. res, 8. cum l. ſeq. ſup. commodat. l. 1. in ſi. inf. de prec. l. qui ſic ſoluit, 55. inf. de ſolut.* contra quam ſentit Alciatus circa hunc locum lib. paradox. 2. c. 19. *Commodati actio eſt*, inquit Pomp. Idem *in l. 2. ſup. de reb. cre. mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem, quam dedimus*, inquit Paul. (*alioquin aut commodatum erat aut depoſitum.*) *ſed idem genus.* Commodato vtimur, depoſito non vtimur. Cęterum vtrunq; gratuitum. Cum quid damus abutendum; quia non commodatum eſt. Ideo quærimus an dominium translatum ſit, vt *in l. penul. ſup. de cond. cauſ. dat. l. ſi dominus, ſup. hoc tit.* ſed hic non quęrimus, quia conſtat de commodato ſi tantum vtendi dati ſint ſcyphi; non quod non poſſit dominium transferri, verũ ita res eſt, vt ſcyphis qui idem redderentur, id eſt vtendis tantum datis, eorum non poſſit dominium translatum videri. Quod ſi ſcyphos tibi dedi non vt ſcyphos redderes, ſed vt tantum pondus argenti infecti, quanti eſſent, id eſt trâslato etiam dominio, vt in mutuo ſolet; an mutuum ſit? Si idem genus pro eodem genere datum eſt, nihil obſtat ne mutuum ſit, *l. plane, 34. §. ſed ſi pondus, inf. de leg. 1. l. Quintus, 27. §. argento, infr. de aur. & arg. leg.* Sed non idem genus eſt ſcyphorum quamuis argenteorum, & tantidem ponderis argẽti rudis: quoniam amplius eſt in ſcyphis qui functionem etiam in ſpecie habent, quam in argento quod in genere tantum habet. Itaque aliud datum eſt pro alio dando, *l. 1. §. 1. l. cum certum, 9. l. cum aurum, 19. inf. de aur. & arg. leg.* Cætera vero paria ſunt mutuo: puta petitio eſt tam boni argenti quam illi ſcyphi fuerunt. *Sed & ſi vt hos ſcyphos vel eiuſdem ponderis argentum dares, conuenit, eadem eſt actio*, ait. Superius dubium erat tantum de mutuo, hic vero etiam de commodato. Sic Pomponius duas ſpecies componit, de quibus ſigillatim egerat ſuperius.

AEGID. HORTENSII ANETENSIS AD TITVLVM ET ſingulas leges digeſtorum de vſufr. adcreſc. Libellus commentarius.

Ad Clariß. virum, N. De Verdun, Senatorem Pariſ.

IVs adcreſcendi inductum eſt hac prima ſummaque ratione, quaſi abſurdum ſit quenquam vnum & idem quid partim probare partim improbare, partim accipere partim repudiare. Id enim ſi in ſingulis exequaris, in hæreditatibus, ius adcreſcendi reperies inductum eſſe ne quis defunctus partim hæredem habeat partim non habeat; In legatis vero ne eadem res eidem perſonæ partim ſit legata partim non legata, *l.1. infr. de acq. hared. l. legatarius, 38. infr. de legat. 1. l. 4. l. 6. l. ſi cui, 58. infr. de legat. 2. l. vnic. §. his ita definitis, C. de cad toll. l. 6. in fin. l. 7. infr. de bon. libert. Paul. lib. ſen 3 tit. 6. ſent. eius rei, l. 7. infr. de diuerſ. reg. iur.* Quæ ratio, vt generalis eſt, etiam in contractibus tantundem poteſt. Nam & ibi dicitur cuius ea res eſt qua de agitur, ei condictionem deferendam eſſe, vt totam probet vel improbet, *l. ſi cum, 9. inf. de compenſat. l. cum queritur, 16. inf. de adminiſt. tut. l. cum hareditate, 55. inf. de acq. hared. l. Iulianus, 30. ſupr. de hared. petit.* hæc ratio per ſe quidem clara eſt in vno hærede vel legatario, qui videatur ipſe ſecum diſſentire vel ſibi non conſtare, ſi id quod certe vnum eſt, ſiue hæreditas ſiue legatum; velit diuidere & partem accipere partem repudiare, *l. in cauſa, 27. ſupr. de procurator.* ſed ad propoſitum fruſtra. Nam ius adcreſcendi niſi inter multos, eſſe non poteſt. Quid igitur? dicendum eſt idem eſſe etiam in

multis

multis coniunctis, quos inter ſolos ius adcreſcendi eſſe dicemus & firmabimus infra; quia plures coniuncti poteſtate vnius perſonæ funguntur, *l. plane, 34. in princ. infra de legat. 1.* Ius adcreſcendi definimus, quo pars hæreditatis non adita, vel legati non admiſſa, ei accedit, quæ adita vel admiſſa eſt. Accedere vero partem parti iure adcreſcendi, id eſt etiam inuito, muto, ſurdo, infante, furioſo, qui partem hæreditatis iam adiit vel partem legati admiſit: qua ratione dicimus, quia is repudiare amplius non poteſt; quaſi iam totam hæreditatem adierit vel totum legatum admiſerit cum partem ſuam adiit vel partem legati admiſit, *l. qui ex duabus,* 53. §. 1. *l. ſi totam, 83. inf. de acq. hæred. l. hac ſcriptura, 26. §. 1. infr. de condic. & demonſt. l. ſi Titio,* 33. §. 1. *ſup. tit. prox.* Eo oportet vnius & eiuſdem legati plures eſſe legatarios, quos inter ius adcreſcēdi eſſe poſſit; ſed vnum tantum videri, ne eorum quiſquam legatum ſeparare aut diuidere poſſit per ſe, ſi forte cæteri non concurrant: eodem modo atq; in ſtipulationibus, pluribus reis ſtipulandi. Hæc enim tantum differentia eſt, quod plures rei ſtipulandi, nihil de eo, quod ſtipulati ſunt, repudiare poſſint. Iam enim ſtipulati ſunt, *l. vero, 12. §. alia l. aliud,* 106. *l. vltim.* 1. *de ſolution. l. fideicommiſſa,* 11. §. *ſi rem ſuam, infra de legat. 3.* Stipulari, iam admittere eſt. Itaque non niſi acceptilatione debitorem liberare poſſunt. Legatarij vero, qui nihil dum admiſerunt, totum repellere poſſint. Cæterum hi illis eo ſimiles ſunt, quod partem non poſſint; legatum quod vnum eſt, nemo eorum diuidere poſſit: quia quemadmodum tum rei ſtipulandi tum reus promittendi obligationem ab initio diuidere noluerunt; Ita teſtator, cuius vnius voluntas legato modum facit, id in nullius legatarij perſona diuidere voluit. Noluit vero, qui ſolidum ſingulis dedit. Singuli ſolidum ab initio habuerunt ex ſcriptura teſtamenti: adeo vt ſi vnus tantum accipiat, ei magis videatur nihil de ſolido quod ab initio habuit, decreuiſſe, quam à cæteris qui repudiarunt, quicquam adcreuiſſe, *l. 1. §. interdum, & l. 3. hoc tit. l. coniunctim, 80. infr. de legat. 3. Coniunctim hæredes inſtitui aut coniunctim legari,* inquit Celſus, *hoc eſt totam hæreditatem & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri.* Pone igitur non concurrere, non omnes hæreditatem vel legatum accipere, ſed vnum tantum: quid ſupereſt aliud quam partes non factas eſſe, eum vnum ſemper totam hæreditatem vel totum legatum videri habuiſſe? Hactenus mihi videtur foueri

poſſe ſententiam interpretum ad ius adcreſcendi: ſed Celſi ſententiæ *in l.3. hoc tit.* veris & neceſſariis rebus addicendæ, ſupereſt, vt interpretes, qui hactenus extiterunt, hinc abducamus. Alioquin ex eorum ſententia non magis eſt, quomodo ius adcreſcendi cuique à collegatario eſſe poſſet, quam à ſeipſo. Quæſtio eſt, quonam modo totiens ius adcreſcendi eſſe poſſit, quotiens legatum in duobus vel pluribus, qui in ſolidum habuerunt concurſu diuiſum ſit. *l.3. § de vſufruct. adcreſc.* Primum, ſi totum legatarii ſinguli à ſcriptura habuiſſe debent, cur ius adcreſcendi dicimus? Quid enim ei toti adcreſcere poteſt, quod iam ab initio ſinguli habuerunt? Deinde ſi partes concurſu demum fiunt, poteſt ne pars vlla alteri ab altero adcreſcere, quam nemo ante concurſum habuit? Poſt concurſum vero quid cuiq; adcreſcere aut decreſcere poteſt? Concurſum enim nunquid dicimus eorum, qui legatum ſimul admiſerunt? Atqui id ſemel admiſſum nemo amplius repudiare poteſt, ex qua repudiatione pars ei qui nõ repudiauerit, adcreſcere poſſit. Hæc quæſtio omniũ interpretum ingenio hactenus maior fuit. Ii prodito iure adcreſc. prodita iuriſprudentia, non ius adcreſc. ſed ius non decreſc. dici conſtituerunt, idque definierunt ius retinendæ partis eius qui non concurrit. Si pudentes fuiſſent, potius bonam copiam eiuraſſent. Ei definitioni refellendæ non alia copia opus eſt quam ipſamet definitione. Nam ſi pars eius eſt qui non concurrit, cur minus ab eo adcreſcere dici poteſt ei qui concurrit, quam eiuſdem eſſe dici? Si de multis vnus tantum acceperit, concedo interpretibus poſtquam cæterorũ qui non acceperunt, partes ei adcreuerint; vt non tam videantur adcreuiſſe, quam totum ab initio vſq; eius fuiſſe; cæterorũ vero nunquã quicquam videatur fuiſſe: *l. Titio. 34. inf. ad l. Aquil. l. 7. inf. de reb. dub. l. ſi Seia. 10 inf. de dot. præleg.* eadem ratione qua & ſi omnes repudient, nulli vnq̃ legatum videatur, *l legatarius. 38. §. 1. l. ſi tibi. 86. § cum ſeruus. inf. de leg. 1.* Sed non iſta ratione ſtat ius adcreſcendi, in quo multis legatariis opus eſt. In vno legatario ſiue ab initio ſiue poſt cæterorum repudiationem, non magis ius nõ decreſcendi dicendũ eſſet, quam ius adcreſcendi. Ius ſiue adcreſcendi ſiue nõ decreſcendi, nõ ſecum ſed cum alio eſſe debet, id eſt per cæteros eo tempore quo adhuc collegatario integrũ eſt vt adcreſcat vel non decreſcat, ſeu legato nondũ repudiato. Alioquin adferant interpretes vbi dicatur ius adcreſcendi in

vno

vno tantũ legatario. Nuſquã non multi deſiderantur; quos deſiderare, quo niſi vt valeant dum multi ſunt? Atqui dum multi ſunt, nemo eorũ ius non decreſcendi habere poteſt. Ne enim pars ei qui legatum agnouerit, alterius concurſu admittatur, nõ eſt in ipſo qui agnouit, ſitum; ſed in altero potius qui nondum agnouit vel repudiauit, à quo ideo potius pars adcreſcere dici poteſt, quandoque repudiauerit. Poſt cæterorũ vero repudiationem vt ius adcreſcendi quod ante erat, deſiit, conſumpta omnium partiũ facultate; ſic & ius non decreſcendi, ſi quod ante fuiſſet, deſineret. Denique poſt omnium legatariorũ concurſum vel repudiationem iam nihil decreſcere aut adcreſcere poteſt ex cauſa legati, nec materia vlla eſt iuris adcreſcendi vel non decreſcendi: quia nec admittere poteſt qui repudiauit nec repudiare qui admiſit. Supereſt quidem in vſufructu legato poſt legatum admiſſum iuri adcreſcendi locus, vt ſequitur in l. 1. §. interdum. ſed hoc ſpeciale & confeſſione interpretum proprie ius adcreſcendi, non ius non decreſcendi ibi dicendum. Sic ſatis mihi videor ius non decreſcendi refellere: reliquum eſt vt ius adcreſcendi probemus vel inducamus, nec repugnãte ſolido quod ſinguli ab initio habuerunt. Qua de re ne diutius lectorem fruſtremur, ita eſt: ſinguli ex coniunctis ſolidum initio quidem à ſcriptura habent, ſed nos ab eo ſolido eaque ſcriptura ſtatim quoque diſcedimus & concurſum non minus iam ab initio noſtra interpretatione fingimus parteſque ex coniunctione & communicatione ſingulis legatariis facimus: à quibus partibus ad illas quæ deinceps per aliorũ repudiationem ſe ei qui admiſerit, obiecerint, nemo non viderit, non ius non decreſcendi dici poſſe, ſed ius adcreſcendi poſſe. Pone eam ſcripturam, *Primo & ſecundo & Tertio fundum Sempronianum do lego*: ſic Celſus intelligit tota legata ſingulis data eſſe oportere, quia nuſquã nominatim aut palã de partibus. Ergo ex ea ſcriptura ſinguli ſolidum habent. Sed quid facias huic ſcripturæ quæ in multis coniunctis impoſſibilem exitum aut effectum habet? Quid enim ſi omnes tandem accipiant? nunquid eo caſu minus proſpiciendum eſt vt partes iam ab initio legatæ videantur? Quodnã legatum non tale ab initio fuiſſe videri debet, quale vnq̃ fuit? Alioquin non directũ à teſtatore, id eſt, ne legatũ quidẽ videri põt. In eũ caſum profecto neceſſarius eſt iã ab initio teſtamẽti concurſus, neceſſaria diuiſio quamlibet imaginaria. Ratione igitur rei quæ vna eſt, vnum iam ab initio videtur lega-

tum,ratione perſonarum quæ reuera plures ſunt, plura iam ab initio videntur legata: vtrum eorum verius ſit,euentus tandem declarat. Enimuero à nobis agendum eſt interim vt quocunque caſu futuro legatum potius valeat quam pereat. Si plures non coniuncti eſſent modus eſſet legati in vno eorum de toto vſque ſeruandi vt dicemus *in l.* 1. §. *Interd.* ſed in pluribus coniunctis modus non eſt. Hi enim pares ſunt; ideoque ſtatim à coniunctione quæ ab ipſo teſtatore facta eſt, concurrere & ſibi inuicem partes videntur auferre. Eo mihi manifeſtus auctor eſt Vlp. *in l. plane* 34. §. *ſi coniunctim.inf.de legat.*1. cum ait conſtare ſi coniunctim legetur,partes ab initio fieri. huic regulæ proximum & finitimum eſt ius adcreſcendi, quo iure nihil aliud quam partes quæ ex toto factæ ſunt, ad ſuum totum ſeu priſtinũ ſcripturæ ius redeunt. In eo contra cæteros interpretes primum benigniorem interpretationem ſequimur, quod non minus iuſtius eſt quam tutius. *l. ea qua* 192. *infra de diuerſ.reg. iur. l. hoc articulo.*29.*inf. de hered.inſtit.l ſi tibi.* 8.§. *vnius inf. de option.legat.* Sic enim in ſingulis aliqua ex parte legatum ſeruamus, quod alioquin ab initio iam teſtamenti per regulam Caton.totum nullum eſſet: quia impoſſibile eſt ſingulos ex multis quib' legatum eſt, totum legatum habere antequam vllus repudiauerit: impoſſibile rem eandem ſæpius præſtari. *dict.l.plane.* §.1.*&* 2. Poſſit legatum totius iure adcreſcendi in perſona vnius conualeſcere;ſed non ſatis eſt, niſi ab initio valuerit. nihil enim ex ſcriptura poſtea valere poteſt,quod ab initio non potuerit. *Ea quæ ex ipſo teſtamento oriuntur,neceſſe eſt ſecundum ſcripti iuris rationem expediri*, ait Caius *in l.in his.* 16. *inf. de condic. & dem.* Id eſt ab initio repeti & manere vti cœperunt,à principio ſtare & principii rigorem ſequi. Et Iauolenus *in l. omnia.* 201. *inf.de diu reg.iur.Omnia quæ ex ipſo teſtamento proficiſcuntur*, inquit, *ita ſtatum euentus capiunt;ſi initium quoque ſine vitio ceperint.* Idem *in l. cætera* 41.§.1.*inf. de legat.*1. At totum quod ſingulis relictum eſt, ex ipſo teſtamento proficiſcitur. Singulorum quoq; legatariorum nomina expreſſa ſunt, Ideoque non minus ab ipſo teſtamento proficiſcuntur. Ergo ab initio quo nullusdum repudiauit, cum ne delatum ſit quidem; non in vnius tantum perſona legatum totius ex ſcriptura valere debet, ſed in omnium ſcriptorum qui tum in rerum natura fuerunt. Atqui id non poteſt. Itaque ab initio coacti ſcripturam omittimus & legatum in partes quas ſingu-

ſinguli accipere poſſint, id eſt pro numero legatariorum diuidimus. Deinde eum modum è medio iure ciuili explicamus, nempe è Iauoleno *in l. cui fundus, 56. infr. de condict. & demonſt. Cui fundus legatus eſt ſi decem dederit,* inquit, *partim conſequi non poteſt, niſi totam pecuniam numerauiſſet. Diſſimilis cauſa eſt cum duobus eadem res ſub condictione legata eſt. In hac enim quæſtione ſtatim à teſtamento quo pluribus condictio appoſita eſt, diuiſa quoque in ſingulas perſonas videri poteſt: & ideo ſinguli cum ſua parte & conditioni parere & legatum capere poſſunt. Nam quamuis ſumma vniuerſæ conditionis ſit adſcripta, enumeratione perſonarum poteſt videri eſſe diuiſa.* Hæc Iauoleni perſpicue probant coniunctione ipſa iam fieri concurſum, & coniungi, effectu nihil aliud eſſe quam concurrere. In ſtipulationibus quoque (ſi quid earum exemplum propoſito facere poteſt: Imo certum eſt facere) perſonarum coniunctio ſtipulationem in plures diuidit: quod negari non poteſt ab initio fieri, quia in ſtipulationibus nunquam aliud tempus inſpicimus, *l. cum qui, 56. infra de verbor. oblig. l. reos, 11. §. 1. & §. vlt. infra de duob. reis conſtit. Eum qui ita ſtipulatur, mihi & Titio decem dare ſpondes? vero ſimilius eſt,* inquit Iulianus in dict. l. cum qui. *Semper vna decem communiter ſibi & Titio ſtipulari. ſicuti qui legat Titio & Sempronio, non aliud intelligitur quam vna decem communiter duobus legare.* Vna decem communiter duobus legare, eſtne ſingulis ſolita decem legare? *l. licet, 17. depoſ. l. ſi res, 20. de leg. 3.* Et Papinianus *in dict. leg. reos. Cum tabulis eſſet comprehenſum illum & illum centum aureos ſtipulatos, neque adiectum ita vt duo rei ſtipulandi eſſent; virilem partem ſtipulati videbantur,* inquit, *Et è contrario cum ita cautum inueniretur, tot aureos recte dari ſtipulatus eſt Iulius Carpus, ſpopondimus ego Antonius Achilleus & Cornelius Diues. partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum ſingulos in ſolidum ſpopondiſſe, ita vt duo rei promittendi fierent.* Eodem facit Celſus *in l. duos, 14. infra de vſufruct. legat.* nam duos communiter ſtipulari vel promittere vel vtifrui, id eſt pro partibus indiuiſis. Eodem Venuleius *in l. cum ex cauſa, 139. infra de verb. oblig. In ſolidum defendenda eſt venditio, cuius indiuiſa natura eſt,* inquit. *Sed cum vno defugiente omnes defugiſſe videantur, ideoque omnes teneantur; vnicuique pro parte hæreditaria præſtatio incumbit.* Facit *l. pupilli, 96. §. penult. infra de ſolution. l. eum qui, 14 §. idem dicunt, infra de furt.* Eodem Paul. *in l. ſeruis vrbanis, 99. §. vlt. infr. de legat. 3. Si alij verna, alij curſores legati ſint,* inquit, *ſi quidam & verna & curſores ſint,*

curſoribus cedent. Semper enim ſpecies generi derogat. Si in ſpecie aut genere vtrique ſint, plerunque communicabuntur. In legato multis diſiunctim relicto alias vnus præfertur cæteris, alias multiplicatur legatum; vt ſinguli totum habeant: ſed id raro. Plerunque enim communicatur, vt quiſque pro virili ad legatum veniat: quia videntur omnes in eadem cauſa, in eodem genere vel ſpecie; niſi teſtator aliter expreſſerit. Legatum vero multis coniunctim relictum nunquam non communicatur, *l. ſi pluribus 33. infra de legat. 1.* quia coniuncti omnes æquales ſunt, omnes in eadem ſpecie, in eodem legato æque nominatim relicto. Inter diſiunctos aliquis ordo ſcripturæ eſt; alter primo loco ſcriptus eſt, alter ſecundo: cuius ordinis tamen plerunque ratio non habetur, quaſi ordo ſcripturæ non impediat cauſam iuris & voluntatis, vt ait Papinianus *in l. cum pater, 77. §. fidei tua, infra de legat. 2.* inter coniunctos vero, vbi nullus ordo eſt vnde alter alteri vnquam præferri poſſit, multo magis legatum communicare poſſumus; imo nunquam non communicamus, *l. quidam, 14. infra de pecul. legat. Quia defunctus ſemel ad eos legatum peruenire voluit*, ait Paul. *in l. duobus, 85. infra de legat. 1.* eodem facit idem Paul. *in l illud, 8.* & Papinianus *in l. pupilli, 96. §. penult. infra de ſolution.* Quibuſdam locis iuris ciuilis etiam inter coniunctos ſeruatur aliquis ordo, vt l. quotiens, 34. ſup. titul. prox. & in lege Ælia ſentia & furia Canin. ſi ſupra iuſtum numerum ſerui teſtamento manumiſſi ſint. Sed ita vbi neceſſe eſt ex ſcriptura teſtamenti, *vt in dicta lege quotiens* ex illis verbis, *alternis annis*, vel ex aliqua alia lege, vt in dictis legibus quæ certo tantum numero ſeruos manumitti permittunt: hic vero neque vetita eſt vlla multitudo neque vlla in teſtamento ſcriptura eſt quæ vllum ordinem requirat: vera & germana ratio cur coniuncti dicantur vnius perſonæ poteſtate fungi, quia nullo iure diuiſo aut diuerſo ſint; ideoque æque admittantur. Nec vero obſtat quicquam quo minus ab ea diuiſione ſeu à partibus ad totum per cæterorum repudiationem redeamus; poſtquam non totum nouum inſtituimus, ſed priſtinum reſtituimus, quod ab initio vſque videatur ex ſcriptura conſtitiſſe: quia *in his quæ extra teſtamentum incurrunt*, contra *poſſunt res ex bono & æquo interpretationem capere*, ait Caius *in dicta lege in his.* Id eſt hæc poſſunt variare à principio deflectere, prout æquitas dictare cœperit. Legata partim non ex ipſo teſtamen-

ſtamento oriuntur, quæ non nominatim; ſed extrinſecus incurrunt, quæ noſtra interpretatione facta ſunt. Si ſic in legato totius ab initio vſque conſtitiſſemus, non ſic poſtea vnicuique legatario concurrere aut partem accipere vel legatum totius mutare liceret; propterea quod id expreſſum fuiſſet. At legata partium in ſingulis legatariis non expreſſa ſunt, ideoque non nocent ne legatum totius in vno legatario iure adcreſcendi tandem conualeſcat. Obiiciant igitur interpretes toto ab initio diuiſo aut inter eos qui partes ſemper habuerunt, ius adcreſcendi non eſſe; Id enim vel vnum vel maximum eſt quod dicere poſſint, *l. re coniuncti, 89. inf. de leg. 3.* nos hoc diluimus cum negamus ſingulos ex coniunctis ſemper partes habuiſſe, qui prius totum, deinde partes habuerunt. Scriptura enim vtique prior eſt noſtra interpretatione quæ ad eam ſcripturam facta eſt: vel etiam ſi partes ab initio habuiſſe fateamur, negamus tamen ſic certas aut teſtamento expreſſas habuiſſe, qui potius quaſcunque ex noſtra interpretatione habuerunt. Fatemur quidem quaſcunque partes toti quod ſingulis expreſſum eſt, ineſſe; ſed negamus per ſe eſſe. Partes quas damus tacitæ voluntatis ſunt, non expreſſæ. Quam vero diuerſa eſt cauſa voluntatis expreſſæ & eius quæ ineſt? *l. eum qui, 138. §. 1. infr. de verb. oblig.* Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, *l. nonnunquam, 52. infr. de condit. & demonſt. & Paul. in l. ſeruo, 47. eod. Sæpenumero mutatur rei effectus,* inquit, *quanquam id tantum expreſſerit teſtator, quod & ſi non expreſſiſſet, ineſſet tamen.* Et Modeſtinus *in l. 3. inf. pro derelict. Si in re communi ſocius partem ſuam dereliquerit, eius eſſe definit;* inquit, *vt hoc ſit in parte quod in toto. Atquin totius rei dominus efficere non poteſt, vt partem retineat, partem pro derelicto habeat.* Si legatarij non totum ſed partes à ſcriptura haberent, ſic partes proprie aut ſemper forent, ſic expreſſæ vel regulæ Caton. vel iuri adcreſcendi nocerent, eoque modo effectus rei mutaretur: verum extrinſecus ſeu ex noſtra interpretatione habent eoque tantum habent, vt legatum ab initio tenus valeat & prodeat potius quam omnino pereat. Primum in id ſingulis legatariis damus partes viriles, quarum nomine etiam totum in ſingulis venire poſſit, & quæ viciſſim nomine totius venire poſſint; quo vinculo forte retineri videtur legatum totius, *l. ſi duobus, 16. in fin. dicta lege plane, 34. in fin. infra de legat. primo, l. appellatione, 72. l. virilis, 145. infra de verbor. ſignificat.*

Digitized by Google

Deinde & ſi nomine virilis forte venire non poſſet, partis tamen quę adhuc manet, nomine aliquatenus ſuſtineri poteſt legatum; in ſingulis legatariis tam extinctum ſit legatum totius quam ceſſet, vt dicitur in obligatione de naui quæ à domino eo animo diſſoluta fuerit vt eadem ex eiſdem tabulis reficeretur. *l. inter.* 83. §. *ſacram. inſ. de verb. oblig. l. qui res.* 98. §. *aream. inf. de ſolut.* Idem & in multis aliis partibus iuris ciuilis dici poteſt, vbi propterea quandam poſtliminii fictionem inducimus. *l.* 6. *ſup. de rer. diuiſ. l.* 7. §. *cum in ſuo. inf. de acquir. rer. dom. l. penult.* §. *pater inf. de caſtrenſ. pecul. l. ſi vnus.* 27. §. *quod ſi non. ſup. de pact. l* 7. §. *vlt. ſup. quod cuiuſq; vniuer. nom.* vnde mihi in mentem venit & hoc loco non minus fingi poſſe: quia certe à legato totius ab initio non ſpecialiter ſed tacite, non noſtra ſponte ſed coacti receſſimus: legati modum non mutamus ſed ſuſpendimus; vt ſiue legatarii concurrant, legatum totius aliquatenus adhuc valeat; ſiue vnus tantum accipiat, non videatur vnquam diſceſſum à legato totius, facit *l. aliam.* 29 *inf. de nouation.* Hanc meam ſententiam aperte quoque tuetur Caius *in l.* 2. *ſup. ſi pars hered. pet. Pomp. in l. ex parte.* 25. *inf. de ſolution. Marcell. & Vlp. in l. Titio.* 34. *cum l. ſequ. inf. ad leg. Aquil.* Ex quibus locis conſtat ſingulos eorum quos inter ius adcreſcendi verſatur, non poſſe maiorem ab initio legati partem vindicare quam virilem quamve ipſis quaſi ex concurſu competit, antequam cæteri repudiauerint. Qui dicit ius non decreſcendi proprie eſſe, non autē ius adcreſcendi, vel ius adcreſcendi definit ius retinendæ partis eius qui non concurrit; Is, credo vult alterum ex coniunctis etiam antequam certum ſit alterum non accepturum, totum legatum interim accipere & vindicare poſſe, non recte enim dicitur quid retinere quis niſi quod accepit vel accipere poteſt. Atqui id falſum eſt totum legatum interim accipere aut vindicare poſſe. *l.* 2. *ſup. ſi pars hered. pet. Vlp. in d. l. quia* 35. *inf. ad leg. Aquil.* dum partem, antequam repudiaretur, retro adcreuiſſe videri ait; vtique vult prius totum quod ſingulis relictum eſt, decreuiſſe & in partes diuiſum fuiſſe. Quod ſi & ibi adcreuiſſe accipiant pro non decreuiſſe; Imo decreuiſſe neceſſe eſt, inquam, poſtquam in ſpecie legis præcedentis tunc demum Titius perinde agere poteſt ac ſi ſoli Stichus legatus eſſet, cum Seius legatum repudiauerit. Pendente concurſu quem intelligunt, quis in puro legato effectus eſſet acquiſitionis legati, quæ ſtatim ab adita hereditate facta eſt:

eſt: nemo enim vnus interim totum vindicare poteſt. Sic potius legati dies inutiliter à morte teſtatoris ceſſiſſet, ideoque nullum ab initio fuiſſet. At poteſt quiſque partem ſtatim ab adita hereditate eam vindicare quam cuique facere poſſit maximus omnium concurſus, id eſt minimã. In ea enim collegatario expectanda non eſt collegatarii voluntas. Amplius idem *Vlp. lib. reg. tit. de caduc.* 17. cum notat caducum ſic dici, quaſi cciderit ab eo qui ſibi teſtamento relictum ita vt iure ciuili capere poſſet, aliqua ex cauſa non ceperit; nobis manifeſtus auctor eſt, ab eo qui legatum ſuum repudiauerit, legatum alteri adcreſcere. nam hæc ita inter ſe conueniunt vt à quo lege Papia dicitur cecidiſſe, ab eodem iure antiquo, cui ſucceſſit, lex Papia adcreuiſſe dici oporteat. idem Vlp. *tit. 24. reg. ſi duobus* Lex Papia ſuſtulit ius adcreſcendi & in ius caduci tranſtulit; adeo vt ſi fiſcus iam partem habuiſſet, vtique non ſolum ius caduci ſed etiam adcreſcendi haberet. Iuri adcreſc. ineſt etiam caducum: certe non prius quicquam coniuncto adcreſcit quam à cõiuncto ceciderit. Accedit fortiſſimum argumentum, quod ſi partes non ab initio factæ ſunt aut ſi ius non decreſc. potius quam ius adcreſc. dicendum eſt, cur igitur re duobus coniunctim legata, quorum alter tempore teſtamenti faciendi in rerum natura non fuerit vel aliter capere non potuerit, alteri pars tantum debetur? *l. ſi duobus. 16. dict. l. plane d. §. ſi coniunctim. l. huiuſmodi. 84. § ſi Titio & Mauio. inf. de legat. 1. l. 3. §. hoc autem. inf. de legat. præſt.* Non minus enim ſolidum alteri legatum eſt quod alter in rerum natura non fuerit vel capere non potuerit. vtrum igitur verius eſt ius adcreſc. an nõ decreſcendi ibi non eſſe? Clarum eſt cur non ſit ius adcreſcendi. non poteſt enim pars ab eo adcreſcere qui nunquam eam habuit vel habere potuit: cur vero non ſit ius non decreſcendi; id ſane niſi à legato totius ſtatim à teſtamento diſceſſerimus, mirum eſſet in quolibet qui ſuperſtes eſſet & capere poſſet. Si ſolidum legatum initio valuit in ſingulis, quare iam initio neceſſe eſt partem ei dare qui ab initio in rerum natura non fuit vel eam partem capere non potuit? Si potius eſt ius retinendæ eius partis quæ alioquin vacet, quare is qui ſolus iam ab initio in rerum natura fuit aut capere potuit, non retinet partem quæ alioquin in hæreditate remanſura eſt? Cur perſonam abſentem quærimus cui partem faciamus quam capere non poteſt; cum nequicquam decreſcat, ſatis ſit

ſuperſtitem habere in qua ſolidum per ſe conſtituimus? hoc incommodum interpretibus ex ſuo iure non decreſcendi accidit. Id enim ponit totum in vnoquoque legatario vti legatum eſt, vſque & ſine vlla interpellatione manſiſſe & perſeueraſſe, donec quiſque collegatarius partem admiſerit. Id vero iſti non admittunt, qui imo iā ab initio partes à ſingulis legatariis fieri ponunt, cum eum qui alias ſolidum capere poſſit, partem tantum capere dicunt. Cæterum à noſtra ſententia ſi quis quærat cur nihilominus partem faciat is qui capere non potuit, ſuccurrit ratio ab iſta regula quæ deſtricte tenenda eſt, vt vel à toto nunquam diſcedamus (quomodo totum legatum inutile faciamus) vel ſi diſcedamus ad partes quæ in ſingulis conſiſtere poſſint nullos eorum omittamus, omnes æque partem ſi non capere, at certe facere dicamus; ne quicquam ex voluntate teſtatoris pereat, qui æque omnes enumerauit, nominauit, coniunxit, nec alterum altero potiorem eſſe voluit. *l. item ſi.17.§. item ſi. l. qualem.19.§.1.l. quid tamen.21. ſup. de recep. qui arbit. l. ſi à te. 70. inf. de fideiuſſor. l. qui duobus.23. l. in teſtamento.30. dict. l. cui fundus.66. l. tales.112. inf. de condit. & demonſt. l. hoc articulo.29. inf. de hered. inſtit. l. penult. cod. de condic. inſert. l. qui.400 circ. fin. ad. L. Falcid. l. ſi ita fuerit, 13. infra de manumiſſ. teſtam.* Superiores locos interpretes dum ſe aliter expedire nequeunt; alii ad legatū damnationis referunt, alii ad coniunctionem verborum. Contra eos qui ad legatum damnationis, ego Pomponium *in d. l. ſi duobus.* non confidenter loqui aio, qui ait tantum ſe verum putare alteri ſolam partem deberi. Quod Pomponio indignum eſſet vnquam de legato damnationis dubitaſſe, id nobis ſtultum fuerit de eo legato dictum accipere: maxime Vlpiano auctore præeunte, qui inter regulas iuris antiqui ponit, ſi per damnationem eadem res duobus legata ſit, ſiquidem coniunctim ſingulis partes deberi, & non capientis partem in hereditate remanere. *lib. reg. tit.24.* In legato damnationis eadem ratione nullus ex multis ne capax quidem, niſi acciperet, cæteris partem fecit quæ pro non ſcripta eſſet, atque in ſtipulationibus, vbi nemo vnquam dubitauit quin ius adcreſcendi non eſſet, quia id quod promiſſum eſt, non ipſo iure ſtipulatori acquiritur, ſed per promiſſorem præſtatur. *l.3. infra de oblig. & actio. Si mihi & Titio in cuius poteſtate non ſim ſtipuler decem; non tota decem ſed ſola quinq; mihi debentur. Pars enim aliena deducitur, vt quod extraneo inutiliter ſtipu-*

ſtipulatus ſum, non augeat partem meam, ait Pompon. *in l. ſi mihi,* 110. *infr. de verb.oblig.* Idem *in* §. *quod ſi quis, Inſtit. de inutil. ſtipul.* At in legato vindicationis vbi dominium ipſo iure acquiritur, vt dicemus in l. 1. aliqua dubitandi ratio fuit, quia ſolidum ſingulis ſcriptum eſſet: magis vero atque ante perſona quæ tunc non eſſet cum teſtamentum ſcriberetur, prima fronte pro non ſcripta habenda eſſet, ne partem faceret; quam proſcripta quæ partem faceret, quamuis non acciperet. *Non enim ante iuris ratio quam perſona quærenda eſt*, ait Scæuola *in l. quidam, 14. inf. de iur. Codic.* & ſatis abundeque perſonæ in coniunctis eſſe videretur, dum modo vllus eorum in rerum natura eſſet vel capere poſſet: *quia coniuncti vnius perſonæ poteſtate funguntur*, ait Vlpian. *in dict. l. plane in princ. vt dicemus in l.* 3. §. *1. & deinceps* Iis vero qui dictis locis ad coniunctionem verborum recedunt, ſiſto Iulianum *in dicta lege huiuſmodi*, 84. §. *ſi Titio & Mæuio, infra de legat.* 1. *Si Titio & Mæuio legatus fuerit Stichus qui Titij erat, debetur pars Stichi Mæuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem faciet*, inquit. An ergo Titius & Mæuius in ea ſpecie verbis tantum coniuncti ſunt? Atqui Titius, & ſi Stichus eius non fuiſſet; certe tamen partem non faceret, niſi partes iam ab initio factæ eſſent. Hoc de verbis coniunctis in iure adcreſcendi ineptum eſt. Hi enim etiam à teſtatore à ſcriptura ſeu expreſſas partes habent, *l re coniuncti, 8. infr. de legat.* 3. quod coniunctioni ſeu iuri adcreſcendi adeo non conuenit, vt ei opponatur, *l. & Proculo,* 20. *infra de legat. 2. l. ſi ita,* 66. *infra de hæred. Inſtit.* vt accipiunt interpretes, legatum totius in ſingulis purum faciunt; partium vero conditionale ex euentu concurſus, qui poſtea partes fecerit ſimul & abſtulerit. Id vero rectum videtur vt legatum totius ſit purum, partis quod ineſt conditionale? Nos contra legata partium facimus pura, quaſi ex concurſu præſenti; legatum vero totius in vno, vel maiorum partium ex cæterorum repudiatione conditionale, facit *l. liber homo,* 59. §. *Titius ex ſemiſſe, inf. de hæred. inſt.* Quod ſi necdum ſatis dedi vt iam ab initio, concurſus parteſque videantur factæ, cedo hunc cur Papin. *in d. l. cum pater,* 77. §. *cum pater, infra de legat.* 2. ait ad filios hæreditatis portionem quam filia cohæres acceperat, rediiſſe? Si filia cohæres antequam patris hæreditatem ſuſcipere noluiſſet, dicitur partem hæreditatis accepiſſe; cur non dicamus proprie ab ea filiis adcreuiſſe? Idemque & in legato

eſſe,

Digitized by Google

eſſe,quod & ipſo iure extraneo non minus quam hæreditas ſuo acquiritur? Eadem è re idem Papin. & multo fortius venit *in l. filius, 42. §. 1. infr. de bon. libert.* *Caſtrenſium bonorum Titium libertus fecit hæredem*, inquit, *cæterorum alium: adita eſt à Titio hæreditas. Magis nobis placebat nondum patronum poſſeſsionem contra tabulas petere poſſe. Verum illa quæſtio interuenit, an omittente eo qui reliqua bona accepit, perinde Titio adcreſcant ac ſi partes eiuſdem hæreditatis accepiſſet*, &c. Ecce Papinianum quærentem ſi forte is qui reliqua bona acceperit, hæreditatem omiſerit, an vt in iure communi, ea bona perinde Titio adcreſcant ac ſi ab initio Titius accepiſſet. Paul. etiam *in l. ſi patronum, 44. in fin. eod.* *Idem eſt*, inquit, *& ſi pars legati liberto relicti, ab eo cui ſimul datum erat vel hæreditatis, nunc illis abſtinentibus adcreſcat.* Ecce rurſus totum liberto legatum eſſe, partem tamen ab initio habuiſſe, partem ei ab eo cui ſimul datum erat, poſtquam abſtinuit, adcreuiſſe. Denique vna alluuio, cui comparatur ius adcreſcendi, id euincere poteſt. Alluuio enim non decreſcendo ſed adcreſcendo, non à maiori ad minus committitur, ſed contra, *l. ſi Titio, 33. §. 1 ſup. tit. prox. & dict. l. ſi patronum, §. vlt. imfacit Iuſtin. in §. vlt. de donation.* Si quid contra meam ſententiam afferri poteſt, nihil toto iure, tam merito poteſt quam hæreditatem vel legatum ab initio teſtamenti nondum iuris, ſed facti tantum eſſe; Ideoque inter ſcripturam & ſententiam diſtinguendi locum nondum eſſe: & ſi vbi non ſingulis legatum eſt, ius adcreſcendi non eſt; nec vbi ſingulis legatum ſit, magis eſſe debere. Totam enim facti quæſtionem extra dationem eſſe: ſcripturam teſtamenti ante mortem teſtatoris nihilo quicquam magis ad dandum, facere, quam nudam eius voluntatem: neutro modo hæredem vel legatarium videri accepiſſe, cui ideo vnquam decreuiſſe & alteri adcreuiſſe videri poſſit. Sed qui ſic obiiciat, prius mihi reſpondeat, cur igitur ab initio teſtamenti iam per regulam Caton. quæritur vel decernitur vtrum hæredis inſtitutio vel legatum valeat. Non maiori, imo ne alia quidem ratione regulam Caton. niti aſſeuero & perſeuero quam ius adcreſcendi. Nec illa enim magis locum habet in his quæ extra teſtamentum incurrunt, quam ius adcreſc. *l. in his, 16. infra de condit. & demonſt.* & æque contra vtrunque ſtat naturalis ratio, non oportere prius de conditione cuiuſquam quæri quam hæreditas legatum ve ad eum pertineat, l. non oportet, 32. inf. de legat. 2. Poteſt ne is videri accepiſſe

cepiſſe de quo nondum quærendum eſt? Sic lex Papia Popea, ad quam proprie referenda eſt dict. *l. non oportet.* in eiuſdem ſimul ius adcreſcendi ſimul Catonianam ſuſtulit. Denique ſi extra eam legem iam ab initio teſtamenti videndum eſt num legatarius capere poſſit, quaſi iam capere debeat; conſequens eſt & ei quandoque repudianti non totum iam, ſed partem tantum decreſcere, eamque ab eo alteri coniuncto adcreſcere videri. Nunc videamus, quid igitur ſi non ſinguli ſolidum habuerunt à ſcriptura teſtamenti, aut cur in iure adcreſcendi exigatur tota legata ſingulis data eſſe. Nam & ea quæſtio adhuc magis oſtendet inter coniunctos partes ab initio fieri: puta ſi teſtator ita ſcripſerit, *collegis meis libertis meis, ciuibus meis, cognatis meis, poſtumis meis,* vel etiam *poſtumo meo* (ſi plures naſcantur) *fundum Sempronianum do lego.* Sic legato quamuis vt in coniunctis, ſi vnus tantũ ſit collega vel libertus vel ciuis vel poſtumus, is totũ habiturus ſit; non tamen iure adcreſcendi habiturus eſt: quia & ſi plures ſint qui accipiant, non ante vnquam certus concurſus videtur factus quam reuera accipiant. Non coniuncti ſunt ſcilicet, ſed vni tantum nomini ſubiecti: non tota legata ſingulis data ſunt, ſed vniuerſis tantum. *l. 2 inf. de reb. dub.* In coniunctis non poteſt non manifeſtus eſſe iam ab initio concurſus, vnde ſingulis fiant partes: quia manifeſte ſingulis totum legatum eſt; à quo legato niſi ab initio diſcedamus, id nullum eſt. Si in ſcriptura quæ ſinguli totum dat, vllum momentum ſubſiſteret legatũ; id totum ſtatim periret, quod nec ſinguli ſtatim habere poſſunt, nec, vt ex teſtamento proficiſcitur, ſuſpendi poteſt. Sic manifeſto periculo vel vitio remedium quod adfertur, non poteſt non manifeſtum eſſe: vnde manifeſtum quoque eſſe poſſit ius adcreſcendi, quo patet reditus ad illud legatum vnde manifeſte diſceſſum fuit. At cum vniuerſis legatum eſt, nihil adeo vrget vt ab eo legato ſtatim diſcedamus, quia totum in ſingulis non expreſſum eſt. Itaq; non diſcedimus, & ſiue vnus ſiue plures, ſiue qui teſtamenti faciendi tempore fuerunt, ſiue alij legatum accipiant; his demum potius legatum fuiſſe videtur qui acceperunt: *l. ſi cognatis. 19. inf. de reb. dub.* ne id quod expreſſum eſt, iis noceat qui in eam vniuerſitatem ante aditam hereditatem ſuperuenturi ſunt, quoniam vniuerſi non ſunt ſinguli, quibus nominatim legari debet. Collega, libertus, ciuis, cognatus vel poſtumus meus, non eſt hic vel ille collega, li-

X bertus,

bertus,ciuis, cognatus vel poſtumus meus. *l.2 l.7.§.1.ſup.quod cuiuſq. vniuerſ.l.1.ſup.de rer.diu.l.inter publica.17.inf.de verb.ſignif l.1.§.ſeruum inf.de quaſtion.l.cum ſenatus.20.inf.de reb.dub.* nomine collegarum,libertorum, ciuium,cognatorum vel poſtumorum teſtator legat certo collegio,certæ familiæ,ciuitati, cognationi, poſteritati: non certis vero hominibus, niſi quatenus ita interpretamur,quaſi collegii,familiæ,ciuitatis,cognationis, poſteritatis nomen orationis compendio complectatur ſingulos collegas,libertos,ciues, cognatos, poſtumos:*l. Mauius.66.§.non idem.1. de legat.2.l.ſi chorus 79.infra de legat.3. dict.l.ſi cognatis.19.In fin. infra de reb. dub.* ſed non complectitur vt legatarios coniunctos, quos ne vt legatarios quidem; niſi ex noſtra interpretatione, quæ aliter quam ſcriptura teſtatoris, pendere,variare & variis caſibus accommodari poteſt,prout numerus ſingulorum , repudiatio vel admiſſio legati tulerit: vt pote quæ interpretatio ſumpta eſt ex voluntate teſtatoris quæ ſcripturæ ineſt tantum,non etiam ſcripta vel expreſſa eſt, denique incerta eſt. *l qui filiabus.17.inf.de legat.1.l.peto.69.§.fratre.l.cum pater.77.§. libertis.infra de legat.2.l. Is qui complures 94.infra de legat.3.* Vere igitur dixeris ius adcreſcendi hic non eſſe, ſeu quia nunquam ante concurſus factus ſit, nunquam ante partes factæ, quæ alteri ab altero inter ipſos adcreſcere poſſint, quā ſinguli admittant; ſeu quia & ſi factus ſit, eo ſtandum non eſt, ne certo iure aut certis legatariis adcreſcere debet ; Ideoque & ſi adcreſcat, non tamen ius adcreſcendi id futurum ſit. Quare nec quiſquam cæteris partem facere poteſt, niſi qui ſit in rerum natura legatumque admittat; adeo vt non referat quo tempore non ſit , teſtamenti faciendi an mortis teſtatoris : qui vero ſit in rerum natura , Is legatum vel totum ſi ſolus ſit,admittere poſſit quanto maximo iure relictum eſt; quia ius totius vniuerſitatis in eum reciderit. *l.7.§. vlt.ſup. quod cuiuſq. vniuerſ. nom.l.7.dict.l.ſi cognatis.19 infra de reb. dub.l. qui quartam.15.§.vlt. inf.de legat.1.* In his quibus nominatim & ſingulatim à teſtatore totum legatum eſt, eum effectum habet illa ratio quam ſupra diximus, ne eorum qui æque rationem à ſcriptura habent, vllum prætermittere debeamus in partibus faciendis: hic vero non neceſſe eſt à ſcriptura diſcedere aut interpretando totum ab initio inter ſingulos vniuerſitatis diuidere, cum per ſcripturam pluribus vel paucioribus æque eſſe liceat. Si vniuerſitas huiuſ-

huiuſmodi eſſet quæ bona communia habere poſſet, ſeu cui coire v-numque corpus facere permiſſum eſſet; non impropriè ei vt cui libet legatum eſſe dicerem: *Vlpian. titul. 24. reg. ciuitatibus. l. mortuo. 22. infra de fideiuſſor.*

Nec dubium quin & ea aliis coniunctis partem faceret. Nam ex ſcriptura totum haberet, vt quilibet ex ſingulis; In ea vero cui non permiſſum eſt corp' collegii ſiue ſocietatis ſiue cuiuſquam alterius eorum nomine habere; ne alioquin legatum nullum ſit ſingulis datum interpretamur, & recte. dict. *l. ſi cognatis. 19. In fin. inf. de reb. dub.* Idem ſeruamus in maſculorum ſuorum heredum poſtumorum exheredatione. Hi enim poſtquam ne alioquin teſtamentum non valeat, nominatim etiam exheredandi ſunt, nec tamen poſſunt, qui nondum nomen aut demonſtrationem quæ vice nominis ſit, habent; admiſſum eſt vt ſinguli exheredati videantur, & ſi per vniuerſitatem exheredati ſint. *Quicunque mihi filius genitus fuerit. §. maſculos. Inſtit. de exhered. libr. Vlpian. tit. 22. reg. nepotes.*

Sed huiuſmodi omnia quæ contra rationem iuris propter aliquam vtilitatem auctoritate conſtituentium introducta ſunt, non ſunt producenda ad conſequentias. §. *poſtumo quoque. Inſtitut. de legat. l. 2. Cod. de neceſſ. ſeru. heredit. Inſtit. leg. quod vero. 14. cum duab. ſequent. ſupr. de legibus.* Itaque neque hic poſthumi neque vſquam alii per vniuerſitatem demonſtrati partem faciunt, quæ iure adcreſcendi ad collegatarium pertinere poſſit. Hæc diximus in toto, id eſt ſi vniuerſis tantum legatum ſit: ſed idem etiam in parte videas, id eſt inter eos quibus ſingulis, & alios quibus per vniuerſitatem eadem res legata eſt: verbi gratia ſi Titio & poſtumis legatum ſit; non nato poſtumo totum Titius vindicabit non iure adcreſcendi, ſed quaſi poſtumus nunquam partem fecerit: *d. l. ſi duobus. 16. §. vlt. inf. de legat.* 1. quia ſoli Titio totum legatum ſpecialiter datum eſt; poſtumis vero per vniuerſitatem tantum ſeu per noſtram interpretationem, quæ ceſſare poteſt poſtquam nullus poſtumus natus eſt. Quod ſi contra mortuus ſit Titius antequam dies legati ceſſerit, vel ſi legatum repudiauerit, nato poſtumo, nunquid iure adcreſcendi fieri poteſt, vt poſtumus totum vindicare poſſit, quia ei nominatim legatum ſit? Sed quænã cõiunctio, inquã, quive concurſus inter eos eſſe potuit qui-

bus non omnib. nominatim legatum eſt? nihilomagis,inquam,quam ſi vni tantum legatum eſſe. Coniunctio iſta aut concurſus, vnius legatarij cui nominatim legatum ſit, eſſe non poteſt; ſed multorum demum quibus æque omnibus eodem modo legatum ſit. Porro ius adcreſcendi locum habet non minus in rebus quæ functionem in genere habēt, quam quæ in propria ſpecie, non minus enim vna ſumma eſt quæ pluribus coniunctim legata eſt: puta *primo & ſecundo & tertio centum aureos do lego.* Sed hoc intereſt quod certa quantitate multis quamuis coniunctim legata, non ſine quæſtione eſt an teſtator legatum multiplicare & ſolidam ſummam ſingulis legare voluerit; quia eadem quantitas volente teſtatore multiplicari poteſt, quo caſu haud dubie ceſſat ius adcreſcendi: eadem ſpecies vero ſæpius præſtari non poteſt. Sed tamen nec eadem ſumma tota ſingulis præſtanda eſt, niſi euidentiſſimis probationibus oſtendatur teſtatorem multiplicare eam voluiſſe: Ideoque plerunque locum habet ius adcreſcendi, *dict. l. plane, 34. § ſed ſi cum, § ſequ l. ſi ſeruus,* 108. *§ Stichum, inf. de legat. l Mæuius, 66. inf. de legat. 2.* Poſtremo ius adcreſcendi locum habet tantum in legato per vindicationem.

Nam in legato per damnationem, ſiue coniunctim legatum ſit, ſingulis partes tantum ab initio debentur, & non capientis pars in hæreditatem remanet; ſiue diſiunctim legatum ſit, ſingulis in ſolidum debetur. Vlp. *tit. 24. reg. per damnationem, l. ſi quis teſtamento, 79 l non quocunq, 82. § penult. inf. de legat. 1. l. qui duos, 13. § vlt. l. vlt. § Seio, inf. de legat. 2. l. duos, 14. infr de vſufr. legat.* Cuius differentiæ ratio ſubit mihi ex eo quod iure adcreſcendi nihil aliud quam ſingulæ partes quæ deficiant, ad reliquas quæ non deficiunt vel ad totum vnde profectæ ſunt, redeant, & ſingulatim ad vnumquodque prius à quo poſterius diuiſæ ſunt; vt eodem modo in cōtrarium acto redintegretur totum atq; quo ſolutum fuit: puta partes primum ad totum legatum redeant à quo poſtremum per concurſum diuiſæ ſunt, ſi vnus tantum accipiat; deinde ad hæreditatem, vnde totum legatum primum omnium diuiſum & ſeparatum eſt, ſi omnes legatarij legatum repellant. Id enim legato per vindicationem tantum conuenit, non etiam legato per damnationem. Illud primum ab hæreditate totum diuiditur & legatariis ex ſcriptura teſtamenti relinquitur adiuiſum, inter ipſos ab ipſis diuidendum ſi concurrant; vel ei per ſe

ne c

nec expectato hærede accipiendum ſeu occupandum, vel certe adita hæ-
reditate legitimo iudicio contra hæredem vindicandum, quiſquis ſolus
admiſerit. Et illud eſt quod dicitur legatum per vindicationem ipſo iure
acquiri, ſtatimq; vt hæreditas adita ſit; ne vnquam videatur factum hæ-
redis, *Paul. lib. ſent. 3. tit. 6. ſent. vſusfructus vniuscuiusq; rei. Vlp. tit. 19. reg. legem, l. legatum, 80. inf. de legat. 2. l. liberto, 26. inf. de bon. liber. l. à Titio, 64. inf. de furt.*
Legatum vero per damnationem non ipſum proprie acquiritur ipſo iu-
re, ſed actio tantum de eo in perſonam. Res enim ipſa non ante ab hære-
ditate diſcedit quam ab hærede traditum ſit. Itaq; partes legati quæ non
ſimul aut ſemel aut nomine vnius legati ab hæreditate ſeparatæ ſunt,
nec debent ſimul aut ſemel ad hæreditatem redire nomine vnius legati,
priuſve vniri iure adcreſcendi, quam ad eam redeant: ſed quemadmo-
dum ſigillatim quiſq; per propriam exactionem vel traditionem ab hæ-
rede partē rei acquirit, ita quiſq; non vult agere aut legatum omittit, is
partem apud eundem hæredem relinquit à quo acciperet ſi admitteret.
Denique legati per damnationem proprium eſt vt nunquam partes per
concurſum inter legatarios fiant, ſed ipſo iure, tanquam in hæreditariis
actionibus, *l. hæreditarium, 40. infra de oblig. & act. l. 6. C. fam. erciſc. Vlp. dict. tit. 24. reg. ſi per damnationem, & Caius lib. Inſtit. tit. 5. l. 3. in fine principij, hoc tit. facit l. 5. de aßignat. libert.* Equidem non dubitem dicere nullam in rem
actionem hæreditariam eſſe aut iure hæreditario competere, poſtquam
ex præſenti poſſeſſione eſt, eique aduerſarium parit aliena demum poſ-
ſeßio, *l. 1. Cod. de alienat. mut. iud. cauſ. fact. l. non alias, 24. ſupr. de iudic.* Quid ſi
in legato damnationis teſtator de iure adcreſcendi nominatim cauerit?
vt *in l. penult. §. Lucius, infra de legat. 2. l. codicillis, 34. infra de vſufruct. legat. facit l. pater, 38. §. filiam, infra de legat.* 3. ne tum quidem ius adcreſcendi fuerit;
inquam, quin potius ſubſtitutio vel fideicommiſſum: quæ qui cum iure
adcreſcendi confundit, is nihilo quicquam magis ſapit quam qui ait le-
ge ſola bonæ fidei iudicia fieri. Bonæ fidei iudicia fiunt ex contractu vel
quaſi, ſtricta ex lege vel certo iure: Iure adcreſcendi adcreſcit pars par-
ti, ſubſtitutione vel fidei commiſſo adcreſcit perſonæ. Quænam iuris
adcreſcendi in legato proprietatis & vſusfructus ſit differentia, proprius
erit dicendi locus *in l. 1. §. interdum, & l. 3. l. interdum*, 10. Sed interea quod
ad hunc titulum etiam multum pertinet, tenendum eſt iuri adcreſcen-

di locum non eſſe in legato vſus: quia quod à partibus ad totum omnino committitur, id in rebus tantum diuiduis locum habere poteſt; qualis non eſt nudus vſus. *l. vſus pars. 19. inf. de vſu & hab. l. Item quamuis. 10. §. 1. ſupr. comm. diuid.* Idem in cæteris ſeruitutibus. *l. via. 17. de ſeruitut. l. vlt infr. de ſeruit. leg. l. ſi communis 17. infr. de ſtipul. ſeru.* vſusfructus vero perinde ac res ipſa, diuidi poteſt: propterea quod totum emolumentum ipſius rei continet. Ea enim proprie ratione dicitur in multis caſibus pars domini eſſe. *l. 4. l. 5. ſup. tit. prox. l 1. § ſi vſusfructus. inf. ad leg. falcid. l. Mauius 66. §. fundo. infr. de legat. 1. l. & per iuſiurandum. 13. inf. de acceptilat.*

AD L. PRIM.

CVM *coniunctim duobus vſumfructum do lego*, inquit Paul. lib. ſent. 3. tit. 6. *Legatum altero mortuo ad alterum in ſolidum pertinebit.* Eodem pertinet quod idem Paul. in l. ſi tibi. 8. infra vſusfructuar. quemad. cau. *Quod ſi duobus coniunctim vſusfructus legatus ſit, & inuicem ſibi cauere debebunt, & heredi in caſum illum*, &c. Sic hoc loco, *ſi coniunctim vſusfructus ſit relictus*, ſimplicius propoſitum eſt; ſed ſpecialius intelligendum de re & verbis coniunctis, quaſi cæteri minus aperte coniuncti ſint. *Non dubium eſt quin coniuncti ſint quos & nominum & rei complexus iungit*, ait Paul. in l. triplici. 142. infra de verb. ſignif. verbi gratia, *vſumfructum fundi Corneliani Titio & Mauio do lego*; vel ita, *Titio cum Mauio*, vt in dict. l. triplici. Celſus vero *in l. coniunctim. 80. inf. de legat. 3.* generalius coniunctos definit eos quibus ſingulis tota hereditas vel totũ legatum datum eſt, ſi partes inter eos concurſu fiant, ne ſibi vlterius extendenda ſit definitio ad re coniunctos, vt Vlpiano, qui infra extẽdit. Sed Celſus ſua generaliori definitione minus proficit, qui dubium relinquit de his quos inter partes concurſu fiant. Itaque id reliquum ſcitu eſt, inter re & verbis coniunctos ſemper fieri; Inter re tantum cõiunctos, qui ſæpius vocantur diſiuncti, interdum. Cæterum vſquequaque eodem modo concurſu partes fiunt: nempe vt in vno legatario cui amphoræ decem ex illo dolio legatæ ſint, etiam ſi non decem ſed pauciores inueniri poſſint, non extinguitur legatum, ſed hoc tantum accipitur quod inuenitur; *l ſi quis 8. infra de leg. l ſi quis. § ſi quis. inf. de leg.* 2. ſic vbi pluribus coniunctim legatum eſt, ſiue re & verbis ſiue re tantum, ita vt partes concurſu fiant; quamuis partes tantũ

per concurſum inueniantur his quib. totum datum & ſcriptum eſt, non tamen legatum ſingulorum extinguitur, ſed ſinguli partem quæ modo ei toti inſit accipiunt. Totum quidem inuenitur ab vniuerſis; ſed dum quiſque id vult accipere, id alteri pro parte aufert: quomodo concurſus facit vt pro ſe quiſque partem tantum inueniat & accipiat. *Cæterum ſi ſeparatim vnicuique partis rei vſusfructus relictus*, inquit Vlp. *ſine dubio ius adcreſcendi ceſſat.* Superiori regulæ, quotiens vſusfructus coniunctim pluribus relictus eſt, ſine dubio partes concurſu inter eos fieri & ius adcreſcendi eſſe; hæc cōſequens eſt ex diuerſo, cum ſeparatim relictus eſt, non ita ſine dubio aut certe partes concurſu fieri iusue adcreſcendi eſſe: ſed de eo quæſtionem differt in §. interdum. Inquam. Interea vero certæ regulæ de vſufructu aut alia re adcreſcenda inter collegatarios quibus ſingulis relictum eſt totum, occupat opponere contrariam certam de vſufructu vel alia re non adcreſcenda, quando ſeparatim ſingulis pars vſusfruct. vel alterius rei relicta eſt: quia ſcilicet ſic legatarii nunquam partes concurſu habituri ſunt qui iam ab ipſo teſtamento habent. Alias deſtinatio tantum eſt cum fundum aut aliud noſtrum diuidimus in partes: *l. locus: 66 inf. de verb. ſign. l. quod in rerum 24. §. ſi quis inf. de legat.* 1. ſed iam deſtinatio non eſt tantum, ſed etiā ius ipſum, quando partes à teſtatore expreſſæ ſunt. Teſtator qui partes dicit, totum diuidit ipſo iure. Sed quare Vlpianus exigit vt ſeparatim vnicuique partis rei vſusfr. ſit relictus? nunquid diuerſum fuerit ſi coniunctim fuerit relictus? Imo nec verborum coniunctio pro coniunctione eſt vbi partes teſtamento expreſſæ ſunt, inquam *l. ſi ita quis. 66. inf. de hered. Inſt.* Denique ſi modo vnicuique partis rei vſusfructus ſit legatus, non poteſt coniunctim legatus videri; cum perinde ſit ac ſi ſingulis ſingularum rerum vſusfructus legatus ſit. *l. huiuſmodi. 84. §. penult. inf. de legat.* 1. Ex quibus dicere poſſumus nihil Vlpiano fuiſſe vnde ſuo dicto metueret, ſi ſine dubio ius adcreſcendi ceſſare dixiſſet, vbi modo vnicuiq; partis rei vſusfruct' relictus eſſet. Sed ita res eſt, vt voluit contrariā penitus ſuperiori definitionē reddere, vt pro eo quod ſuperius dixit *coniunctim*, nunc dicat, *ſeparatim*; pro eo ꝙ ſuperius, *vſusfructus*, nempe totius rei, nunc *partis rei*. Cætera omnino paria ſunt. Nā *τὸ vnicuique*, ei reſpondet, quod ſuperius quoq; intelligendum eſt ex eo quod *coniunctim* dixit. Coniunctim enim non poteſt niſi ſingulis, ſiue

nomi-

nominatim ſiue per noſtram interpretationem. Superius *coniunctim*, dixit, quod neceſſarium fuit: ergo hic *ſeparatim*, ait, quaſi neceſſarium ſit. Certe neceſſe ſeparatim legatum eſſe, ne ſit ius adcreſcendi; Idq; principium, genus & fundus eſt huius regulæ. Nulli enim coniuncti non ius adcreſcendi habent iure antiquo. Sed & aliqui ex diſiunctis id habent puta re coniuncti. His vero qui ex diſiunctis non habent, remouendis valent quæ in hac regula ſequuntur poſt *τὸ ſeparatim*. Sic modus generi, quod caput in capite poſitum eſt, datur ex ſequentibus. Si Vlpianus diceret ius adcreſcendi ſine dubio ceſſare quoties vnicuique partis rei vſuſfructus ſeparatim relictus ſit, forte videri poſſet repetere & ampliare id quod prius dixiſſet; quemadmodum *τὸ ruperit*, in tertio capite legis Aquiliæ: *l. ſi ſeruus. 27. §. Inquit lex. inf. ad leg. Aquil.* quod forſitan hoc loco minus recte faceret, poſtquam non inter omnes diſiunctos ceſſat ius adcreſcendi. Sed quia *τὸ ſeparatim*, præceſſit, ideo apte conſequa verba eo tantum referimus vt illud reſtringant & definiant; quaſi velit Vlp. quẽadmodum inter coniunctos ſine dubio eſt ius adcreſcendi ſi vnicuique totius rei vſusfructus relictus ſit, ita inter diſiunctos ſine dubio ceſſare ſi vnicuique partis rei vſusfructus relictus ſit. Nec multo aliter Papin. *in l. legat. 9. infra de ſupellect. leg. Legata ſupellectile cum ſpecies ex abundanti per imperitiam enumerantur*, inquit, *generali legato non derogatur. Si tamen ſpecies certi numeri demonſtrata fuerunt, modus generi datus in his ſpeciebus intelligetur.* Eodem facit *l. ſi communis. 37. inf. de ſtipu. ſeru.* Itaq; Vlp. hoc loco poſtquam nemo eum dixerit per imprudentiam iſta ſubiunxiſſe, *vnicuique partis rei*, & cæt. videtur diſiunctis modum dediſſe in quibus ſingulis vſufructus partis rei relictus eſt.

DENIQVE APVD IVLIANVM.

SVperior regula duas habet partes, primam de vſufructu certe adcreſcendo quotiens plurib' coniunctim legatus eſt: alteram de vſufructu certe non adcreſcendo, quotiens pluribus ſeparatim vſusfructus partis rei legatur: In confinio earum partium quæſtio eſt quæ ſequitur, ſi ſeruo duorum communi relictus ſit vſufructus & vtrique domino acquiſitus, cuique ſcilicet pro ea parte dominii quam in ſeruo habet; l. 5. infra de ſtipul. ſeru. an altero repudiante vel amittente vſumfructum, alter

alter totum habeat, id eſt pars ab altero omiſſa vel amiſſa alteri adcreſcat. Per ſententiam Vlpiani, quamuis præter quæſtionem, nobis Vlpianum explicantibus occurrit alia quæſtio prius explicanda, an poſſit legatarius legatum ſemel acquiſitum repudiare. Hanc enim Vlpiani ſententiam noſtri concoquere non poſſunt, qui legatarium contra hoc loco legatum repudiare non poſſe dicunt, Ideoque inferunt hæc verba, *repudiantē vel*, adulterina & falſa eſſe. Vbique mihi mirum fit de illis graſſatoribus & inſeſſoribus iuris ciuilis: ſi quid minimum occurrat ſupra illorum captum, ſtatim mendum eſt, ſtatim aliquid labis. Dii deæque tandem vel eorum mentem ſanent ſi poſſunt, vel ipſos auerruncent. Rogo an paragraphus primus in leg. ſi partem. 19. §. 1. quemad. ſeruit. amit. adulterinus eſt? *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hereditate per conſtitutum tempus ad admittendam ſeruitutem ignoraueris eam tibi legatam eſſe, amittes viam non vtendo*, inquit Pompon. *Quod ſi intra idem tempus antequam reſcires tibi legatam ſeruitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorē via pertinebit, ſi reliquo tempore ea vſus fuerit: quia ſcilicet tua eſſe cœperat; vt iam nec ius repudiandi legatum tibi poſſit cōtingere, cum fundus ad te non pertineat*. An §. fundum. in l. 5. inf. de reb. eor. qui ſub tut. *Fundum legatum repudiare pupillus ſine prætoris auctoritate non poteſt. Eſſe enim & hanc alienationem, cum res ſit pupilli, nemo dubitat*, ait Vlp. idem in l. 1. §. vtrum. infra ſi quid in fraudem patron. Quamuis enim *legatum retro noſtrum ſit, niſi repudietur; attamen cum repudiatur, retro noſtrum non fuiſſe palam eſt*, inquit. Sed ineptus quod ex illis locis colligitur legatum ignoranti acquiri, ſic accipiendum ait vt quia ignoranti acquiritur perſonalis actio, videatur etiam legatū acquiri. *Prope enim eſt*, inquit, *vt noſtrum ſit id de quo actionem habemus*. Cur igitur hoc loco non ſic potius vſusfructus acquiſiti nomine perſonalem ad eum petendum actionem accipiendam ait, quam quicquam tollat aut mutet? Deinde quid ſi ſeruo hæreditario vſusfructus legatus ſit? an ideo per ſeruum non acquiri diceret, vt paſſim dicitur, quia deſit perſona quæ agere poſſit? Iam, credo, videt ineptiam ſuæ ſententiæ. Quis enim vnquam vt in vſufructu factum perſonæ operæve ſubſtantiam deſiderauit, ita in actione *l. 4. infra de diuer. & temp. præſcript.* Denique non ante acquiritur actio in perſonam de vſufructu per vindicationem legato, de quo dicimus; quam vſusfructus ipſe. Nam conſtituitur ipſo

Y iure,

iure, id eſt ſine facto hæredis vel legatarii. *Paul. lib. ſent. 3. tit. 9. ſent. vſuſfructus vniuſcuiuſq; rei.* Ideoque *Vlp. in l. 1. § vlt. inf. tit. prox. ait* non ſolum vſusfructus ſeruo hæreditario legati diem ante aditam hæreditatem non cedere ſed nec actionem de vſufructu. Sed ponamus exemplum de dominio vel proprietate de re ipſum à corporali, vbi nec factum perſonæ deſideretur: an nec id per ſeruum hæreditati acquiritur? Quod ſi hæreditati, quæ vtique nihil ſcire aut tenere poteſt, acquiri poteſt tamen; quidni domino ipſi ignoranti, furioſo vel pupillo infanti? Quod vero obtinemus de proprietate ipſa, quid ni obtinemus etiam de vſufructu? Tota enim differentia inter proprietatē & vſumfructū, quantū ad propoſitum attinet, in eo conſiſtit, quod vſusfructus ex fruendo conſiſtat, proprietas vero per ſe. Et dii boni, qualis eſt iſta reſponſio, ſeruitutem nondum acquiſitam non vtendo amitti; aut non vtendo amitti, id eſſe actionem tantū in perſonam de ſeruitute non acquiſita ſed acquirenda non vtendo amitti, non etiam ipſam ſeruitutem? Quid eſt inſanire niſi hoc eſt? *l. 1. inf. qui. mod. vſuſfructus amittit.* Quid, rogo, habiturus eſt quod Vlpiano reſpondeat in l 3. §. 2. infra de legat. 3. *Si rem quis debeat ex ſtipulatu ei cui rem legauerit, fidei committere eius non poterit,* inquit, *licet ex legato commodum ſentire videatur quod dominium nanciſcitur ſtatim, nec expectat ex ſtipulatu actionem.* Idem in l. quia. 35. infra ad leg. Aquil. *Quia retro adcreuiſſe dominium ei videtur,* inquit. Et quidem de re quæ periit, cuius iam integrum non ſit aliud dominium quærere, quam quod ex adita hæreditate iam quæſitum fuit. Statim dominium nanciſci eſt ne per traditionem demum nanciſci? Et ſi id eſſet, quid inter legatum & ſtipulationem eſſet? Quid vero eſt inter dominium & rem ipſam? *l. quæſtio. 115. inf. de verb. ſign.* De rebus quoque ipſis loquitur Iuſtin. *in §. hactenus. per qu. perſ. cuiq. ac. &* de rebus ipſis inter virum & vxorem donatis, id eſt etiam traditis agitur *in l. cum hic ſtatus. 32. §. 1. inf. de donat. int. vir. & vxor.* quod neceſſe eſt ab exemplo legati ſumptum eſſe: idque ibidem aſſerit Vlp. cum ait falcidiæ ita locū fore ſe opinari, quaſi teſtamento ſit confirmatum quod donatū eſt. De dominio amplius oſtendit Iul. *in l. ſi Phaph. 10. inf. de opt. leg.* vbi manifeſtus eſt de eodem legato æque vindicationē & repudiationē eſſe: cui ſi adieceris quod certū eſt, vindicationē non de alio eſſe quā quod iā noſtrum ſit, repudiationem vero vtiq; non de eo eſſe quod ante admiſſum ſit; neſcio quid vltra requirere poſſit fatuus interpres. *Idem in l. apud. 20.*

eo.ti.& in l.ſi is qui 66.§ 1.*de fur.* Amplius ſi res legata non acquireretur an-
tequam legatum admiſſum eſſet, ciuitatibus legari non poſſet. Munici-
pes enim conſentire, admittere aut repudiare non poſſunt. l.ciuitas.27.
ſup.de reb.cred. Quod ſi poſſent, vtique etiam heredes inſtitui poſſent:
quod non poſſunt.*Vlp.tit.22.reg nec municipia.l.vnic.inf. de libert.vniuerſit.l.
omnibus* 26.*inf.ad Se.Trebell.Plin.lib.5 epiſt.*7. At ciuitatibus legari poteſt.*l.
ciuitatibus.*122.*de leg.1.* Poteſt etiam ſeruo hæreditario, quamuis hæredi-
tas adita non ſit, quia hæreditas perſonæ vice fungitur, *l. legatum 116.* §.
alienus,de legat.1. Porro hereditas cui acquiritur hoc legatum, non magis
velle aut conſentire potuit quam municipium, ſocietas, decuria, vel vl-
lum aliud corpus *l. hereditas.* 61.*de acquir.rer.dom.l.mortuo 22.de fideiuſſ.* An
igitur eis actio tantum in perſonam legari poteſt, non etiam res ipſa aut
dominium; vel actio tantum rei legatæ acquiri, non etiam dominium?
Amplius *legatum ita dominium rei legatarii facit vt hereditas heredis res ſingu-
las* ait Papin.*in l.*80 .*inf.de legat.2.* Atqui hæreditas hæredis res ſingulas fa-
cit ſtatim ab aditione & ſine traditione.l.heres in omne.37.infra de acq.
hered.l.cum heredes.23 infra de acq.poſſ. *Quod eo pertinet*, ait Papin. di-
cto loco, *vt ſi pure res relicta ſit & legatarius non repudiauit defuncti voluntatē,
recta via dominium quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam fa-
ctum heredis.* At non poteſt non videri factum heredis, niſi continuo ab
adita hereditate in legatarium tranſierit. *Dominium ignorantib.non acquiri-
tur*, inquit, *alioquin repudiari non poſſent legata.* Sua illi ſentētia, credo ſum-
pta eſt *ex l.1.§ decretalis.inf.de ſuc.ed.* Et forte adiuuatur etiã à *l.ſi quis,17.§.1.
inf.de acq.poſ.* vbi ponitur differentia inter dominiũ & poſſeſſionem hæc,
ꝙ dominium nihilominus eius manet qui dominus eſſe nõ vult; poſſeſ-
ſio a. recedit vt quiſq; conſtituit nolle poſſidere. Sed illud dictum intel-
ligēdum eſt regulariter de eo dominio quod voluntate noſtra noſtrum
factũ eſt, eamque proprie rationem habet, ne poſſit deinceps diſplicere
quod ſemel placuerit: maxime effectu ſecuto, qualis eſt dominii, quod
directũ & perpetuũ eſt, nec niſi certis modis acquiri amittiue poteſt. *l. in
diem.9.inf.de aq.plu.arc.l.1.§.prodeſt.l.4.§.vlt.l.ſicut.8.§.ſi voluntate.inf qui.me.
pi.vel hypo.ſol.* Et ita in decretali bonorum poſſeſſione, q̃ non defertur niſi
pri' petita & decreta: vbi rurſus ſera repudiatio eſt ab eo q petit; quia pe-
titionem iam admiſiſſe oſtēdit, quandoq; poſt decernatur, *d.§.decretalis,*

Digitized by Google

facit l 3.§.acquirere,inſ.de bon.poſſ.l.1.§.illud, inſ. de ſeparat.§ extraneis,inſtit.de hæred. qual. & diff. Sed ſpeciale & excipuum eſt, inquam, de his quæ ipſo iure acquiruntur,id eſt ignoranti, furioſo, pupillo. Id enim ſit ſpecialiter ex legis conceſſione.*Vlp.tit.19.reg.lege.* Quod cuiuſque ignorantis factum eſt,quid abſurdum eſt ſola voluntate repudiari poſſe? Ergo huius acquiſitionis propria & iuſta repudiatio eſt. Inuito quidem beneficium non datur, nec liberalitas nolenti acquiritur, *l. hoc iure, 19.§.non poteſt,inſ. de donation.l.inuito,69.infra de diu.reg.iur.* Sed forte etiam acquiritur ignoranti, quamuis non inuito. Ecce, legatum eſt donatio quædam vel liberalitas.Nullum eſt enim eius onus, *l.legatum,36.inſ.de legat.2.l.ſi hereditatem,32.infra mandat.* & legatum per vindicationem ignoranti, furioſo, muto,ſurdo;per ſeruum vel filiumf.etiam inuitum domino vel patri acquiritur. Imo forte etiam domino vel patri inuito. *Etiam inuitis nobis per ſeruos noſtros acquiritur pene ex omnibus cauſis,*ait Caius in l 32. infr. de acqu. rer.dom. Et Iuſtin.in §.item nobis,per qu.perſ.cuiq.acq. *Item vobis acquiritur quod ſerui veſtri ex traditione nanciſcuntur, ſiue quid ſtipulentur ſiue ex donatione vel ex legato vel ex qualibet alia cauſa acquirant*, inquit, *hoc enim vobis & ignorantibus & inuitis obuenit.*Quod ſeruus per traditionem nactus fuerit, nunquid poſſeſſio eſt & per poſſeſſionem dominium ? An id igitur ignoranti domino per ſeruum acquiri non poſſit, cum poſſit etiam inuito? Sed de legato ſatis habeo id ignoranti,furioſo, muto vel ſurdo acquiri : nec mihi placet per ſeruum aut filiumf. domino vel patri inuito acquiri poſſe, poſtquam legatum ſeruo delatum dominus vel pater repudiare poteſt,*l.7.inſ.de legat.1.* Id enim debet mox quam certior factus ſit delatum eſſe, *l.ratum,13.de ſolution.* vt ne vllum tempus iuſtum ſit quo inuito acquiſitum ſit.Nemo enim ignoras,idem inuitus dici poteſt:nec quicquam de legato inuito domino per ſeruum acquirendo tale habet, *l.acquiritur,*10.§.1.*infr.de acq.rer.dom.* vnde cætera ſumptus fuit *dict.§.item vobis.* Denique non dubium eſt hoc ius Triboniani vernaculum eſſe. Quod ſi datur ſpecies vbi ſpecialiter ignoranti lege atque ipſo iure & ſine animo ſerui acquiritur, quid ni liceat acquiſitum repudiare ? Alioquin dicendum ſit generi per ſpeciem non poſſe derogari. Omnino vbi traditione & apprehenſione vel conſenſu opus eſt inter quos acquiritur, ignorans nemo acquirit; quia nemo ignorans accipit vel conſentit:

quod

Digitized by Google

quod ſi ceperit vel conſenſerit, poſtea nolens nihil agit. Vbi vero non opus eſt facto, ignorans etiam acquirit; ſed poſtea ſciens nolens nonnihil agit, *l* 3.*inf. de ſeruit. leg.* Amplius, vbi opus eſt facto, puta apprehenſione vel conſenſu, factum filiif. vel ſerui adeo ſufficit vt dominus vel pater repudiare non poſſit; Ideoque ei quamuis inuito acquiratur, *dict. l. etiam, 32. l. ea qua. 53. infr. de acq. rer. dom. l. ſeruus vetante, 62. infra de verb. oblig.* Sed in legato per ſeruum vel filiumf. acquirendo, neque eius neque domini aut patris facto opus eſt; Ideoque id dicitur dominus vel pater repudiare poſſe, *dict. l. 7. inf. de legat. 1.* Qui dicit perſonalem actionem ignoranti acquiri, non etiam rem ipſam, non dominium, non legatum; is vbi hoc dicit, ibi ius adcreſcendi plane tollit: Imo legato vindicationis vindicationem, hoc eſt legatum ipſum ipſi adimit, nihilque reliqui facit diuerſi inter legatum vindicationis & damnationis, contra Paul. *in ſentent. lib. 3. ſit. 6. ſent. vſusfructus vniuscuiusque rei.* Et rogo huiuſmodi interpretes, quorſum actionem ad cogendum hæredem tradere id quod iam actoris eſt? §. *ſi itaque. inſtitut. de action.* Nam eo conſiſtit ſubſtantia obligationis vel actionis, *l.* 3. *inf. de oblig. & action.* cum rei legatæ dominium ipſum ſine traditione acquiratur, *l.* 1. *ſupr. de public. in rem act. dict. l. legatum, 80. infra de legat.* 2. In eam ſententiam quam refellimus, vt perſonales tantum legatorum actiones ignorantibus acquirantur, non etiam dominium; laudatur *l filiusf. 16. inf. qui teſtam. fac. poſſ.* In qua Pompon. nihil quam argumentatur ab acquiſitione perſonalium actionum ad acquiſitionem legati vel fideicommiſſi. *Marcellus notat. Furioſus quoque teſtamenti factionem habet*, inquit, *licet teſtamentum facere non poteſt. Ideo autem habet teſtamenti factionem quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum. Nam etiam compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantib' acquiruntur.* Siue de legato per vindicationem Pomponium eo loco accipias, inquam, nihil ex eo colligere potes aliud quam quod iam probaui *ex l. vnic. §. vlt. infr. tit. prox.* eandem eſſe rationem actionis & dominij ignoranti acquirendi, nec alterum altero facilius aut difficilius acquiri; ſiue de legato per damnationem, id nihil ad rem facit, nec qui de actione in perſonam ait, is negat etiam de actione in rem. Denique multo melius eſt Pomponium ideo de legatis & fideicommiſſis in vniuerſum dicere, vt omnes actiones complectatur: deinde de perſonalibus actionibus ſiue ex legato per da-

lunt iidem Sabiniani,& ab initio vni ex dominis ſolidum acquirere potuit,ſi alteri pro parte eius domini,non potuiſſet. Volunt ſeruum duorum communem duorum ſeruorum non communiũ loco eſſe: vt in eo ꝙ alter ex dominis acquirere non poteſt, alter poteſt; perinde habeatur ſeruus acſi eius ſolius eſſet qui acquirendi facultatem habeat. Dum ita volunt, certe volũt ſingulos dominos qui legatum à ſeruo proxime habent,quaſi in ſolidum habere, vel duorum loco eſſe quibus non partes ſed totum legatum ſit per ſe. Non enim amplificant perſonam ſerui duorum communis ad duos ſeruos non communes vt minuatur dominorum facultas per eum ſeruum acquirendi aut repudiandi, ſed potius vt augeatur.*l.ſi fundum.*81.§.1.*inf.de legat.*1.*l.Plautius.*49.*inf.ad leg.falcid.l.verum* 63.§.*ſi ſeruo inf.pro ſoc.l cogi.*16.§. *ſi ſeruo.inf.ad Se.Trebel.* Ab ea ſententia eſt quod partes quas ſinguli domini habent in ſeruo communi,quemadmodum & illæ quæ ab initio in iure adcreſcendi fiunt,magis intellectu fiant quam corpore aut reipſa. *l.5.inf.de ſtipulat.ſeru.* Pars vero iuris intellectu facta non hæc vel illa eſt, non huius vel illius domini, non ſingulorum propria; ſed vtriuſq; communis:vt de quaque parte totum conficere & mutare poſſis, quotienſcunque inciderit, donec totum extinguatur.*l.Mæuius.66.§.duorum,inf.de legat.2.* Hinc efficitur dominos per ſeruum communem perinde pro coniunctis inter ſe habendos, ac ſi ſingulis totum legatum eſſet parteſque inter eos concurſu fierent; vt quod alter eorum capere non potuerit vel noluerit,id alteri adcreſcere poſſit.

A Sabinianis quoque facit noſtrum illud, quemadmodum vſusfructus dominis per ſeruum acquiſitus eſt; ita per eum debe re amitti antequam aliis adcreſcat vel ad proprietatem redeat. Id enim non videtur poſſe aut debere niſi eodem modo in contrarium acto, atque per eũ acquiſitus eſt,id eſt coniunctis partibus quæ ab eo,id eſt poſt eũ factæ ſunt per dominorũ concurſum pro eorũ dominii partib.qua ratione ſupra diximus conſtare totũ ius adcreſcendi.Coniunctis vero partib.redire non poteſt niſi iure adcreſcendi pars ab vno dominorũ repudiata vel amiſſa alteri parti dominove prius accedat, quam per ſeruum ad aliud & maius totum redeat.Et ita cuſtodimus quoq; ſeruum cui legatũ eſt,quaſi liberum; iuxta ipſos iuriſconſultos qui volunt non minus ex perſona

Digitized by Google

ipſius ſerui conſtare illi teſtamenti factionem vel legati cauſam, & quidem in ſolidum: quam ex perſona domini, *l. quæſitum, 91. § duo. inf. de leg. 1. l. debitor. 82 §. vlt. inf. de leg. 2. l 5. inf. de ſeru. leg. l. ſi Pamphilo, 10. inf. de opt. legat.* In ea re quæ ad alios coniunctos vel ad proprietatem vel aliud totũ vnde profecta eſſet, certe non reditura eſſet; nihil referret de eo quod poſt fieret vel accideret. Plane enim aliud eſſet: puta ſi plures ſerui legati ſint; per vnum cæterorum poſſeſſio acquiri poteſt; quaſi is per quem cæteri poſſidentur, non ſit in eadem cauſa legati, non legatus ſit. Et ita etiam in contractibus: quia nullum in eis ius adcreſcendi, nullum veluti poſtliminium eſt ad eam cauſam à qua ſemel exierunt, *l. 1. §. veteres, l. prædia, 48. inf. de acquir. poſſ.* In ea vero quæ ad alios coniunctos vel ad proprietatem vel ad hæreditatem reditura eſt, diuiſio non admittitur; ne ab alio quam à teſtatore id obuenire videatur, ſi aliter obueniat quam quomodo legatum ſit. Et ea ratione cum in eo quod vni ſub conditione legatum eſt, Iauolenus *in l. cui fundus, 56. inf. de condit. & demonſt.* conditionem ex accidenti ſcindi non debere, & omnem numerum eorum qui in locum eius ſubſtituuntur, pro ſingulari perſona habendum eſſe dixiſſet, quaſi domini non à ſeruo, cui legatum eſt, accipiant, ſed ab eodem teſtatore à quo ſeruus accepiſſet ſi liber fuiſſet; controuerſiam paſſus eſt à Paulo *in l. qui hæredi, 44. §. ſi duorum, eod. tit.* vbi contra putat, & recte vbi non ſit ius adcreſcendi, non coniunctio cum alio legatario, non reditus ad legatum aut aliud totum priſtinum. Quod ni Celſus in hac ſpecie ius adcreſcendi negaſſet, promptum erat & in ea ſine vitio vel offenſione eius regulæ ius adcreſcendi defendere: quia quicquid ſeruus aut filiusf. per ſe poſſet ſi ſui iuris eſſet, id ex eius perſona poteſt dominus vel pater, niſi in his quæ per ſe non poteſt dominus vel pater: puta in hac ſpecie ſi teſtator totum ſeruo communi legaſſet, partes vero vnicuique dominorum nominatim; partes in dominis expreſſæ iuri adcreſcendi nocerent, quæ in ſpecie propoſita; vbi nec in ſeruo nec in dominis expreſſæ non nocent. Totum in ſingulis dominis expreſſum non ſit, totum ſinguli ab initio, id eſt à teſtatore non habuerint: at certe nec partes in ſingulis expreſſæ ſunt, non ſinguli partes ab initio habuerunt. Sane non habeo quomodo defendam quod Celſus in hac ſpecie ait partes dominis legatas, cum in ſeruo conſtiterit in ſolidum cauſa legati, vt diximus; niſi in eo quoq;

Celſus

Celſus cum patre & Proculianis diſſenſerit à Sabinianis. Ex cæterorum vero omnium Iċtorum conſenſu dicere poſſumus falſum eſſe quod ait dominis in hac ſpecie partes legatas eſſe, quorum quarumve teſtator ne meminit quidem. Si teſtator ſic legaſſet, *Dominis Stichi vſumfructum fundi Corneliani do lego*, nominatim ſingulis dominis totum legaſſet, nec per alium quam per ſe ius adcreſcendi inter eos eſſet; nec vero iuxta partes dominicas in Sticho, vſusfructus partes in eo fundo haberent, ſed viriles: ſi vero ita, *dominis Stichi vſumfructum* fundi Corneliani ex æquis partibus do lego, ius adcreſc. inter eos certe ceſſaret; quia vnicuique vſusfructus partis rei legatus eſſet, *l filioſ. 42. inf. de cond. & demonſt. facit l. ſi filioſ. 23. cum l. vlt. infr. de mort. cauſ. donat.* At in hac ſpecie vbi ſeruo communi legatus eſt vſusfructus, dominorum vero nulla mentio facta; male videtur Celſus eligere vt ſingulis dominis partes legatæ ſint potius quam totum, vt excludat potius ius adcreſcendi quam admittat. Hanc vnam rationem habet, *ſi ambo vindicarent, eam quenque legati partem habiturum, quam in ſeruo haberet*; quam refutat Vlpianus hoc loco ex Iuliano. *Licet dominis vſusfructus non æquis partibus, ſed pro dominicis adquiratur; tamen perſona eius, non dominorum inſpecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accidere.* Hoc vult Vlp. tolle dominos, qui tantum ſeruo ſubſtituuntur: *dict. l. cui fundus, in fin.* is ſeruus ſi ſui iuris eſſet non inæquales partes haberet, qui totum haberet. Non vis tollere dominos, non potes tamen ex eorum perſonis legatum æſtimare, quod per ſeruum omnino acquirunt. Acquirunt partes legati pro partibus quas habent in ſeruo, inquies. Quid ſi æquales habeant, inquam? Si illud nocet, certe hoc debet etiam prodeſſe; quia cætera paria ſunt, vtręque partes æque communes, æque ex accidenti. Cum partes expreſſæ ſunt, ſiue æquales, ſiue inæquales id nocet iuri adcreſcendi. Quod ſi expreſſæ non ſunt, quare magis noceat quam proſit? Denique ſi dicas partes dominis videri legatas, quia poſtquam dominus hæreditatem vel legatum per ſeruum acquiſiuit, perinde eſt ac ſi ipſe hæres inſtitutus vel ipſi legatum eſſet; *l. acquiruntur, 10. §. 1. inf de acq. rer. dom.* eadem ratione, inquam, vel multomagis totum videtur ſingulis legatum, quia legatum ſeruo, quod perinde eſt ac ſi dominis legatum eſſet, totum eſt, non partes. Legatum ex accidenti ſcindi non debet, & omnis numerus dominorum qui in locum ſerui ſubſtituuntur, pro ſin-

 gulari

gulari perſona habendus eſt. Quod ſi ſingularis perſona eſſet, legatum ab ea pro parte non diſcederet.

AD §. IDEM AIT.

IN iſta ſpecie, *vſumfructum fundi Corneliani Sticho do lego: eundem vſumfructum Titio do lego*, Vlpianus ait idem iuris eſſe atq; in ſuperiori, vbi ſoli Sticho legatus eſt vſusfructus: nec minus hic ius adcreſcendi fore inter duos Stichi dominos ſeparatim à Titio, quam illic vbi Sticho tantum legatum eſt; quia hi ſoli coniuncti ſunt in ea parte quam Stichus ex concurſu cum Titio facto accepit. Non coniuncti quidem re & verbis à teſtatore; ſed quod perinde eſt, coniuncti à ſeruo legatario, cui ſubſtituũtur iure dominii. Quæ ſubſtitutio excludit cæteros quibus ſeparatim idem vſuſtructus relictus eſt: quia pars Sticho ex concurſu facta in ſuo ſtatu ſit, idemq; ſeruus eundem vſumfructum retinere videatur, quandiu vllus dominorum eius retineat; cum ſi eius ſolius eſſet cui acquiſiuit vel qui acquiſitum retinet, pars eius partis Titio non adcreſceret. *Idem eſt*, inquit Vlp. *ſi duobus coniunctim & alteri ſeparatim*, vſusfructus eſſet relictus. Differentia eſt quidem inter iſtam & ſuperiorem ſpeciem, quod in ſuperiori duo domini non à teſtatore, ſed ab ipſo ſeruo cui ſubſtituuntur, coniuncti ſint; Hic vero à teſtatore ipſo: puta ſic, *vſumfructum fundi Corneliani Caio & Manio do lego*: ſed iſta differentia nihil operatur ad differentiam iuris adcreſcendi quo de agitur, poſtquam ſerui duorum communis cauſa dominos quoque ipſos re & verbis coniunctos accipere debemus. Hi enim ab eo qui ſecum re & oratione vnus erat, diuiſi eſſe non poſſunt, qui in iure adcreſcendi nihil quam vnius ipſius poteſtate funguntur aduerſus cæteros qui re tantum coniuncti ſunt. Quemadmodũ vnus dominus duos ſeruos in vnum ſeruum redigere poteſt per acquiſitionem legati, *l. ſi duobus*. 40. *inf de legat. 2.* ſic duo domini vnum ſeruum in duos poſſunt: *l. ſi fundum*. 81. *§. 1. de legat. 1. facit l. legatarius*. 38. *eod.* ſed quia id accidit extra cauſam legati, ideo nec magis apud vnum duorum ſeruorum dominum, quibus ſingulis legatum ſit, ius adcreſcendi eſt, niſi ſerui ipſi prius coniuncti ſint 3. nec minus inter duos vnius ſerui cui nominatim legatum ſit, dominos ius adcreſcendi eſt, quaſi vnus ſeruus non poſſit ſibi ipſi eſſe diſiunctus. Nam vt in ſtipulationibus, ſic in legatis

gatis

gatis nunquam aliam perſonam intelligimus quam quæ expreſſa eſt. *l.ſi ita ſtipulatus fuer.126.§.penult.in fin.inf de verb.oblig.* Omnes coniuncti vnius perſonæ poteſtate funguntur: ſpecialius vero re & verbis coniuncti quam re tantum *l.planc.34.inf.de legat.1.* Nam coniunctio rei coniungit ad totum duntaxat: res & verba etiam ad partem. Totum prius & ſimplicius diuiditur in partes æquales in re coniunctos, quales ſunt etiã re & verbis coniuncti, ſed vniuerſi tantum, non etiam ſinguli; quia omnes vnius perſonæ poteſtate funguntur: quare inter cæteros vniuerſi vnam tantum partem accipiunt æqualem ſingulis ſingulorum partibus qui re tantum coniuncti ſunt. Deinde pars quæ ex eo primo concurſu vna omnibus re & verbis coniunctis ſimul obtigit, rurſus ſecundo concurſu inter eos in ſingulas partes pro eorum numero diuiditur: verbi gratia, *vſufructum fundi Corneliani primo do lego: eundem ſecundo do lego: eundem Tertio & Quarto do lego.* Primum diuiditur vſusfructus in tres trientes. Nam Tertius & Quartus vnum tantum trientem accipiunt, cæteri ſinguli ſingulos: deinde triens Tertii & Quarti inter eos diuiditur. Sic omnes re coniuncti ſunt, omnes aduerſus proprietarium poteſtate vnius perſonæ funguntur; vt ſit inter eos omnes ius adcreſcendi antequã vſusfruct. ad proprietatem vel hereditatem redeat. Sed tamen ſpecialius Tertius & Quartus poteſtate vnius perſonæ funguntur, nempe aduerſus Primum & Secundum in eo triente qui ſecundo concurſu inter Tertium & Quartum diuiſus eſt: adeoque Tertio & Quarto ius adcreſcendi præciſe eſt à Primo & Secundo; non contra Primo & Secundo à Tertio & Quarto ſingulis, ſed tantum vniuerſis. Tertius & Quartus ſoli habent ſinguli inter ſe ſine Primo & Secundo, Id eſt præferuntur Primo & Secundo. Scilicet rei & verborum coniunctio in diuidendo ſeu concurrendo poſterior eſt rei tantum coniunctione & poſterius inſpicitur de eius concurſu: poſterius fiunt partes inter re & verbis coniunctos; Ideoque eæ prius coniungi inter ſe debent, quam ad cæteras partes redire, quæ primo concurſu re coniunctorum factæ ſunt. Denique re coniuncti poteſtate vnius perſonæ funguntur ad totum legatum, inter quos etiam re & verbis coniuncti: at re & verbis amplius ad partem. Aeque omnem partem è toto accipiunt, at non æque partem è parte. *l. re coniuncti. 89. inf. de legat. 3. l. triplici. 142. infra de verb. ſign. leg. Attius. 11. l.*

liber homo,59.§.Titius,l.hæredes,63.infra de hæred. inſtit. l.Sempronius,26.§.vlt. infr.de vſufr.leg.l ſi duobus,12.infr.de bon.poſſ.contr.tab.l.1. §.ſi quis ex nepotib. de coniung.cum eman.lib.l.ſi quis,7.l.ſi proprietas,9. infr. eod. Quorum omnium nihil non conuenit ſuperiori ſpeciei de vſufructu communi ſeruo & ſeparatim Titio relicto : quaſi in eam partem quæ ſeruo communi facta eſt ex primo concurſu cum Titio facto, Titius cum dominis ſerui re tantum coniunctus ſit; domini vero inter ſe re & verbis..

Ad §. *interdum.*

VLpianus ea quæſtione defunctus in qua dubium erat, quorum dominorum ſeruo communi vſusfructus legatus eſſet; an etiam dominis ipſis totus coniunctim, id eſt ſingulis videretur legatus, an vero ſeparatim vnicuique pars eius; ac proinde an ius adcreſcendi inter eos eſſet nec ne: nunc proſequitur & primam partem amplificat, vt conſtet latius patere ius adcreſcendi quam ea pars ſuperius concepta fuerit, quæ re & verbis coniunctis tantum ius adcreſcendi tribuit. Si vſusfructus multis coniunctim legatus ſit, certo certius eſt ius adcreſcendi inter fructuarios eſſe: ſed interdum eſt etiamſi diſiunctim legatus ſit. *Puta ſi mihi fundi vſusfructus ſeparatim totius, & tibi ſimiliter fuerit relictus*, inquit, hic contrarius eſt ſuperiori modus, *ſi ſeparatim vnicuique partis rei vſusfructus ſit relictus.* Nos enim illic non ſolum non coniuncti fuimus verbis, ſed etiam diſiuncti; propter partium mentionem à teſtatore factam, qui ſic ſingulis partes fecit, quas ſemper haberent; & rem diuiſit in tot legata ipſa ſingula per ſe tota, *l.2.inf. de legat.2.*. Hic autem nos quibus vſusfructus totius fundi relictus eſt, re coniuncti ſumus, *l.re coniuncti,89.infra de legat.3.* Quare igitur ait Vlpian.*Interdum*? quare non vtique aut præciſe? Nunquid ius adcreſcendi non æque certum eſt in diſiunctis atque in coniunctis? Certe minus certum, inquam, inter coniunctos nullus ordo ſcripturæ eſt, qui alteri dignitatem aut prærogatiuam legati præ altero faciat, quove minus legatum inter eos communicetur, vt ſupra diximus *ex l.quidam,14.inf.de pecul.leg.* In diſiunctis vero eſt aliquis ſcripturæ ordo: eſt primus, ſecundus, tertius & deinceps, qui ſinguli proprium ſcripturæ locum retinent; quorum cuique priori poteſt videri legatum à teſtatore præ poſteriori ſi poſterior tantum ei ſubſtituatur : quo caſu

prior

prior quiſque obſtaret cuique poſteriori eumque excluderet, vt in hæredum inſtitutionibus & ſubſtitutionibus, *l. ſi quis ſeruum,8.§ penult. l. vt hæredibus,50.inf.de legat 2 facit l.qui ſoluendo,60. inf. de hæred. inſtit.* vel contra cuique poſteriori legatum videri per ademptionem & translationem à quoque priori; quo caſu ſolus poſtremus legatum haberet, *l. ſi mihi,12. §.vlt. inf.de legat.1.facit l.ſub diuerſis,51.infr.de condit. & demonſt.l.tutor.8.§.in tutoris,& l.ſi hæreditas,10.§.1.inf.teſtam.tut.* Poteſt etiam ita ſingulis totum legatum eſſe vt non habenda ſit ratio ordinis, nec tamen eo magis ius adcreſcendi locum habeat, nempe ſi ita vt ſolidum ſingulis præſtandum ſit, vni res ipſa cæteris æſtimatio, *l.filiuſf.114.§.vlt.infr. de legat.*1. ſed ita teſtatorem ſiue perſonam ſubſtituiſſe ſiue legatum tranſtuliſſe vel multiplicaſſe, raro accipiendum eſt, vixque vnquam niſi id aliunde is manifeſtiſſimus ſit velle, *l. ſi pluribus,33.inf.de legat.1.l.ſi pluribus,44.§.1.inf.de legat.* 2. Cæterum ſolus ordo ſcripturæ non impedit cauſam iuris ac voluntatis; non obſtat ne legatum communicetur æque ac ſi etiam verbis coniuncti eſſent legatarij nullusve ordo eſſet, *l.pater,77.§ fidei tuæ,inf.de legat.* 2. Non bene comperto an teſtator vni ſiue priori ſiue poſteriori, an omnibus; & omnibus an partes ſingulis ſingulas, an ſolida ſingulis ſingula maxime legare voluerit, quæ tamen omnia ſunt quæ in ea re teſtator velle potuerit, horum omnium eligitur maxime tolerabile & minime graue tum hæredi qui non oneratur multiplicatione legati ſeu multorum legatorum præſtatione, tum legatariis qui omnes æque ad viriles partes inuitantur cum iure adcreſcendi: quod quia fit ſæpius, ideo Celſus in hoc tractatu ſimplicius definit coniunctos qui ſinguli ſolidum ex ſcriptura, concurſu vero partes habent: quales eſſe poſſunt interdum, imo ſæpius ſunt etiam re tantum coniuncti. Itaque Iuſtin. in §. ſi eadem res de legat. non diſtinguit inter coniunctos & diſiunctos. *Si eadem res duobus legata ſit ſiue coniunctim ſiue diſiunctim,* inquit: *Cum primum itaque non inueniet alter eum qui ſibi concurrat, ſolus vtetur in totum, nec refert coniunctim an ſeparatim relinquatur*, Inquit Vlp. in fine huius §. facit *l. ſi ſeparatim,30. infra de condit. & demonſt.* Et ita re coniuncti accipiendi ſunt maxime ſi multis eadem res in continenti legata ſit, nam eo caſu *perinde eſt ac ſi iuncta ſubiecta ſcriptura idem legatum eſſet*, ait Valens *in l. non ad ea, 89. infra de condit. & demonſt.* id eſt, perinde eſt ac ſi legatarij re & verbis coniuncti eſ-

iſtis re tantum coniunctis puto eum qui tunc in rerum natura non eſſet vel capere non poſſet iam cum teſtamentum fieret; aliter atque in verbis coniunctis, partem cæteris non feciſſe: deque his Iuſtinianũ ſentire *in §. in primo.* idq; velle *in §. ſin autem diſiunct. cod. de cad. toll.* quia totum quod illi ſcriptum eſt. pro non ſcripto habẽdum ſit. *l. pen. inf. de his qui pro. non ſcr. hab.* Cuius differentiæ ratio petenda eſt ab ipſa coniunctionum differentia, quarum prior & maior eſt quæ etiam verborum eſt; altera vero minor & ſubſidiaria tantum, quæ tantum rei. Quæ ex ipſo teſtamẽto oriuntur, neceſſe eſt ſecundum ſcripti iuris rationem expediri: ex qua ratione verborum coniunctioni non aliter ſatis fieri poteſt quam ſi omnib' nominatis ſeu ſingulis partes attribuamus vel affingamus. Ratio verborũ ſpecialiter facit, vt omnes admittere aut omnes omittere debeamus. In his vero quæ extra teſtamentũ incurrũt, poſſunt res ex bono & æquo interpretationem capere. *l. in his. 16. inf. de cond. & demonſt.* ex qua ratione remittitur aliquid de illa diſtrictione quam exigit ſcripta coniunctio. Vtrumq; conſtat *ex l. 5. inf. de condic. Inſtit. l. ſi is qui. 13. §. cum ita. cum §. ſeq. inf. de reb. dub. l. ſub diuerſis. 51. l. cum pupillus. 78. §. 1. leg. tales 112. inf. de condic. & dem. l. quod vulgo. 45. infra de manum. teſtam. l. ſi ita quis 13. §. ſi duo infra de ſtatul. b leg. ſi ita quis 63. l. ſi quis ita. 129. infra de verb. oblig. leg. in eo quod. 110. infra. de diuerſ. reg. iur.* Quod ſimile eſt tantum, non etiam idem; eius ſimilitudinem tenus procedere ſatis eſt, non etiam perpetuam eſſe neceſſe eſt: Verbi gratia actiones in factum vtiles ad exemplum directarum conceduntur, nec tamen omnino directis ſimiles ſunt, certe non eo ſimiles quod iure hereditario in heredes tranſeant, quæ proprio cuique & in quenque competunt. Is cui ex fideicommiſſo reſtituta fuerit hereditas, heredi ſimilis eſt: & tamen hereditatem vel rem hereditariam reſtituat, nihil ex lege falcidia detrahit. Itaque nec rei coniunctionem perducere debemus vſq; ad verborum coniunctionem; cum propoſito ſufficiat ſi vſque eo deducamus vt iuri adcreſc. valeat: imo ipſi per ſe ſatis coniunctionis eſt ad ius adcreſc. abſque ope verborum coniunctionis aut interpretationis noſtræ: Hoc tantum remoueamus quod ne ipſa quidem per ſe habet, vt teſtator legatarios ſubſtituerit vel legatum tranſtulerit vel multiplicauerit; tantum re coniunctos faciamus, ſi ius adcreſcendi eis à ſe inuicem dederimus. Nam Celſus re coniunctos *in dict. leg. coniunctim. 80. infra de legat. 3.* gene-

raliter definit. Ea definitione ad ius adcreſcendi contentus quæ re coniunctis quoque conuenire poſſit: quaſi ſi quid amplius proprium & ſpeciale eſt verborum coniunctionis, id cauſam iuris adcreſcendi excedat vel ad eam non pertineat; quale eſt illud vt verbis coniuncti. Ij quoque partes faciant qui tempore teſtamenti faciendi in rerum natura non fuerunt vel aliter capere non potuerunt. Nam & ſi reuera partes eis daremus, Ij ſunt qui eas partes recuſare perpetuum non poſſint; vnde ius adcreſcendi ab eis vnquam pateat. Non poſſunt enim velle aut nolle. Denique verborum coniunctio non minus expreſſa eſt quam legatum, quæ ideo concurſum diuiſionemque ex eo neceſſariam facit per omnium coniunctorum perſonas: rei vero coniunctio non expreſſa, cui minori negotio ſatisfieri poteſt *Sin vero non omnes legatarii quibus ſeparatim res relicta ſit, in eius acquiſitionē concurrant, vel vnus forte eam accipiat,* inquit Iuſtinian. cod. de caduc. tol. *Hæc ſolida eius ſit; quia ſermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum adſignare videtur, aliis ſuperuenientib. partes à priore abſtrahentibus. vt ex aliorum concurſu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars quæ deficit, nec alii adcreſcit, vt eius qui primus accepit, legatum augere videatur; ſed apud ipſum qui habet ſolida remaneat, nullius concurſu deminuta,* &c. Hæc propria ſunt re coniunctorū Inquam: Iis coniunctis proprie ſcriptura omnibus prima facie ſolidum adſignare videtur: prior quæque ſcriptura cuique legatum dat in ſolidum, ſed quæq; ſuperueniens, vt alia quædam facies, priori cuique partem aufert, puta ſecundus primo dimidiam, tertius primo & ſecundo tertiã, quartus tribus prioribus quartam, & ita deinceps. Orationis vero coniunctio præterquam quod non minus concurſum facere poteſt, cui ſcilic. & rei coniunctio ineſt; ab eo quod expreſſa eſt, hoc amplius habet quod nullo ſuperuētu aliorum ſuper alios nullove ordine ſcripturæ, ſed prima ipſa vbique eadem & perpetua facie concurſum faciat: quomodo manifeſtius omnes legatarios in vnam perſonam cogit, quam non retinere, ſed diſcerpere videamur ſi vllum eorum in partibus faciendis prætereamus. Denique noſtrum non eſt defuncti voluntatem manifeſte coniunctam diuidere aut labefactare. Sed belle quæri poteſt nunquid igitur verborum coniunctio & ſolidum ſingulis à ſcriptura datum ubi inter ſe pugnent? Abſque regula Catoniana eſſet, non pugnarent

ab

ab initio, inquam. Non ante enim de eo inſpiceretur quã dies legati ceſſiſſet aut legatum pertineret. Sed Catoniana facit vt pugnent ab initio. Cæterum ſeu ab initio ſeu quandoque pugnent, hanc pugnam alia iuris antiqui regula dirimit; Quotiens æquitatem deſiderij naturalis ratio, *aut iuris dubitatio moratur, iuſtu decretis res temperanda eſt, l. in ambiguis, 85. §. vlt. inf. de diuerſ. reg. iur.* Legatum mero iure ciuili nullum, aliquo modo quidem non obſeruamus, quando partes eis ab initio damus, quibus ſcriptura totum dedit: ſed aliquo modo obſeruamus tamen cum ſingulis quibus totum non poſſumus partes viriles ab initio damus. Amplius obſeruamus cum nullum eorum prætermittimus qui expreſſi ſunt, etiamſi in aliquem incidamus apud quem id ſit inutile: ne alioquin inutilis eius pars aut pro non ſcripta habita totum legatum quod vnum eſt nec diuerſo iure cenſeri poteſt, inutile faciat. Deſiderij vero rationem in eo habemus quod poſtquam à toto in ſingulis deſciuimus, ad illud quo ad eius fieri poteſt, iure adcreſcendi redire nitimur. At re coniunctis poſtquam non ita omnibus palam teſtator affectat viriles dare, poſtquam non aperte eos coniungit, nec nobis id neceſſe exiſtimamus. Denique in omnibus iuris ciuilis partibus prima & præcipua verborum cura & ratio eſt, primumque & præcipue habenda, vbi ius ex his oritur, deinde ſententiæ, l. ſi ita ſtipulatus fuero, 126. §. *penult. inf. de verb. oblig.* Caſus ſingularis eſt apud Paul. *lib. ſent. 3. tit. 6. ſi quis ſibi & Titio*, qui hunc locum non nihil illuſtrat. *Si quis ſibi & Titio legatum adſcripſerit*, inquit, *magis eſt vt totum legatum ad coniunctum pertineat.* Id enim proprie pertinet ad legem Corneliam de falſis, qua non ſolum pro non ſcripto habetur aut ſubducitur quod quiſquam ſibi in alieno teſtamento adſcripſerit; ſed amplius punitur, *l. 6. l. filius, 14. §. 1. infr. ad leg. Cornel. l. non putauit. de falſ. 8. §. ſi quis ſua, infr. de bon. poſſ. contra. tabul.* Ex eo enim quod ſpecialiter ad leg. Cornel. pertinet aut quod non ita ſeruanda eſt librarij, vt teſtatoris voluntas, videtur ex diuerſo ſi teſtator ipſe legatum Titio adſcripſerit, qui Titius non ſit in rerum natura aut capere non poſſit, & coniunctim Mæuio qui ſit in rerum natura & capere poſſit; vt non totum legatum, ſed pars tantum ad Mæuium pertineat: quia nomen Titij nec illicite ſcriptum nec falſum, non ſubducendum, non pro non ſcripto habendum ſit. Et ita puto Iuſtinianum in dict. §. ſin vero, non omnes accipiendum

Aa

Digitized by Google

dum eſſe cum diſiunctorum proprium facit vt prima facie ſolidum o- mnib. adſignatum fuerit, ſuperuentu vero cuiuſq; poſterioris id priori minutum:ne aliud velit quam differentiam inter coniunctos & diſiunctos notare, illos omnes partem facere,hos nō omnes, ſed eos tantū qui in rerū natura fuerunt& capere potuerunt iam tēpore teſtamenti faciēdi;quaſi hi ſoli venire aut ſuperuenire alij aliis poſſint, vt partē priorib. abſtrahant. Hactenus ad Vlp.de vſuf. adcreſ. diximus quod cū proprietate adcreſ.conueniat, id eſt adcreſcendo ab eo qui partem acquiſiuit & repudiauit,ei qui partem acquiſiuit nec repudiauit. Deinceps videndū erit de eo adcreſcendo quod vſusfr.proprium & ſpeciale ſit. *Sed in vſufr. hoc plus eſt*,inquit,*quia & conſtitutus & poſtea amiſſus nihilominus ius adcreſ.admittit.* Si nobis duobus legatus ſit vſuſf.totius fundi, nō ſolum adita poſtea hereditate eoque ſingulis noſtrum dimidia parte acquiſita,vter noſtrum deinceps repudiauerit,alteri pars repudiantis adcreſcet,vt in proprietate;ſed quod amplius & vſusfr.propriū eſt,etiam ſi vterq; noſtrum admiſerit,tamen vter prius amittat eius pars alteri adcreſcet: adeo vt rei perpetuæ,puta fundi vel ædium, tandiu ſuperſit ius adcreſc.vſusfr.quādiu vllus cōiunctorum qui acquiſierint, nec repudiauerint, ſuperſtes & ciuis Rom.ſit.idem apud Paul.*lib.ſent.2.tit.6.ſent. cum coniunctim & hoc tit.* quā multis locis.Sequitur primū auctoritas pro ratione. *Omnes enim auctores apud Plautium de hoc conſenſerūt.* Ii ſunt Iauolenus,Pomponius, Paulus & Neratius.l.5.infr. de ſeruit.ruſtic.Deinde ratio ex Celſo & Iuliano, vſumfructum quotidie conſtitui & legari; non proprietas eo ſolo tempore quo vindicatur:quæ differentia eadem eſt in ſtipulationibus. Nam ſiquis ſibi aut Titio fundum dari ſtipulatus ſit,Ita demū recte Titio ſoluitur,ſi in eodē ſtatu maneat quo fuit cū ſtipulatio interponeretur: l. cū quis 38.infr.de ſolut.ſi vero ſibi aut Titio vſumfr.Titio capite deminuto,facultas ei ſoluendi non intercidit.*l. Stichum.95.§.vſumf.eod.* vſuf. Vlp. non tantum ait quottidie conſtitui ne quis hunc locū explicet aut recte explicatum exiſtimet ſic iure legati,quottidie conſtitui,ſed ait etiā quotidie legari. Eſt hoc inepte dictū,iure legati cottidie legari, ꝙ perinde eſt ac dictum,legatū legati eſſe; quod aperte falſum eſt. Dicitur quidem omnium prædiorū iure legati vſumfructū conſtitui poſſe,*l.3.ſup.tit.prox.* Sed ita vt heres iubeatur dare vſumfructum, nō autem ipſe teſtator det,

hoc

hoc eſt in legato damnationis nõ in legato vindicationis. Et in eã ſentẽtiam quaſi velit Caius etiã prædiorum nec mancipi vſumfr. legari poſſe, qui vtiq; non aliter poteſt quam per damnationem ſequitur, *dare autem intelligitur*, inquit, *ſi induxerit in fundũ legatarium eumve patiatur vti frui.* Id certe alienum eſt à legato vindicationis, cuius propriũ eſt ius adcreſcendi. Nam hoc genere legati ipſe teſtator rem ipſam dat per ſe vſumfructũ, conſtituit ſine inductione in fundum: vbi vero res acquiritur per ſe, dicendũ non eſt iure legati aut per actionem in perſonam ſeu exactionem ex eo acquiri, ſed ſpecialiter & proxime per legatũ ipſum acquiri. Iſto legato acquiritur res ipſa, illo acquiritur tantũ actio qua cætera iure legati exequuntur. Sed nunquid hæc Vlpia. ratio legatum vſusfructus quod vnũ eſt, videtur ad plura redigere? quaſi cottidie dies legati cedat: quod profecto non conuenit legato vſusfructus niſi repetito & in dies ſingulos relicto *l.1. infr. tit prox. l.1. §. 1. l. 3. & 5 infr. quib. mod. vſuſfr. amitt. l. 4. l. cum in annos. 11. inf. de annuu legat. l. cum in annos. 10. leg. nec ſemel. 12. l. cum in annos 13. inf. quand. dies leg. ced.* Poteſt ne vtrunque, vnum vſusfructus legatum eſſe ſemelque eius diem cedere, & vſumfructum cottidie conſtitui & legari? Huic loco hactenus impar fuit omnium interpretum acumen vel certe diligentia. Ita dicitur, inquam quaſi vſusfructus magis ex faciendo conſiſtat quam ſeruitutes prædiorum. Seruitutes prædiorũ dicuntur nec in bonis nec extra bona eſſe: *l. 1. inf. de vſuſr. leg. l. cum filius. 76. §. dominus. inf. de legat. 2.* quia ſcilicet tantum bonis cohærent. Itaque non proprie dicuntur poſſideri, ſed tantũ earum poſſeſſionẽ habere intelligi is qui fundum vel ædes quibus debetur ſeruitus, poſſidet. *l. ſi ædes 32. §. 1. inf. de ſer. vrban.* Sic dicuntur habitus ipſorum prædiorum vel prædia ipſa qualiter ſe habentia. *l. qui fundum. 12. inf. quemad. ſeru. amit. l. quid aliud. 86. inf. de verb. ſignif.* Quibus de ſeruitutibus propterea idem dici non poſſet, atque de vſufructu hic, ſi forte legatæ ſint; eas cottidie conſtitui & legari: quia prædiis quibus cõpetunt, perpetuo cohærent & ſemel acquiruntur nõ minus quã ipſa prædia ſeu ꝓprietas, tranſeuntq; ad quoſlibet ſucceſſores vel poſſeſſores. Itaq; ſi pluribus cõmune prædiũ habentibus legata eſſet ſeruitus, et ſi diuidua eſſet, quæ ideo ius adcreſc. admitteret; tamen pars ſemel cõcurſu facta vel admiſſa nõ amplius admitteret: quia nec ꝓprietatis cui ea ſeruitus hæret, pars amplius admittit: vſusfruct. vero ſer-

uitus perſonalis omnino vel in bonis vel extra bona fructuarij eſt: quia non cohæret bonis, ſed perſonæ ipſius fructuarij, *l.3.§.vlt.infra quib. mod. vſuſfr.amitt l.vel ſi,15.infr.famil.erciſc.* Si dicendum ſit vſumfructum in bonis fructuarij eſſe, id quaſi per ſe extet, dicendum eſt; nec minus quam proprietas, recte dici poteſt ſemel tantum conſtitui, ſemel legari, ſemel eius dies cedere: ſi vero extra bona fructuarij, vt perſonæ eius tantum cohæreat; recte cottidie legari, conſtitui & dies eius cedere. At vtrunque in iure noſtro dici videas & partem dominij eſſe, legati diem ſemel cedere; & in faciendo conſiſtere, quotidie conſtitui & legari: hic & *l. vnic. in princ.infr.titul prox.l.4.ſup.tit.prox.* Sed ita varie pro varietate rei ſubiectæ. Pro parte dominij eſt *in l ſi vnus,27 §.item ſi,ſupr.de pact. l. arboribus, 12. §.de illo,in fin.ſup.tit.prox.l.vacca emptor.43.l.ſi ab emptore,49. infr.de euiction.l.non quocunque,82.§.fundus,1.de legat.1.l.Mauius,66.§ penult.l.cum filius, 76. §. dominus,infr.de legat.2.l.3.§.ſi loci,infr.de adim.legat.l.in ſeruitutem,16.infr.de bon. libert.l.ſi vſumfructum,23.infr.de liber.cauſ.l.8.infr. de reb. auctor. iud. poſſ. l. qui vſufr.58.inf.de verb.obl.l.ſi à reo.70.§.ſi reo,inf.de fideiuſſ.l.ſemper,15. §.pro penul. inf.quod vi aut clam.* Contra in *l.recte,25.inf.de verb.ſign.l.falſus,43.in fin.inf. de furt.l.& per iuſiurandum,13.§.illud, infra de acceptilat.l.ſed ſi,17.§ ſi ſeruum, infr.de iniur.l.ſi poſtulauerit,27.§.ſed & ſi,inf.ad leg. Iul.de adult.l.ſi Titio,33.§.1. ſup.tit.prox l.Interdum,10.infr.hoc tit.* Et cum dicitur vſumfructum ex die & in diem vel ad certam conditionem legari poſſe, *l vnic.§.vlt.tit.ſequ.* nihil quam notatur vſumfructum extra bona eſſe. Imprimis quod in diem legari poſſit, hoc ſibi vult vſumfructum quamuis rei perpetuæ non perpetuum eſſe: deinde quod etiam ex die vtiliter legari poſſit, hoc eſt diem legati non ſtatim à morte teſtatoris aut poſt aditam hæreditatem cedere, ſed tunc demum cum dies legato adiectus venerit; quaſi & dies certus in eo legato non minus quam incertus, conditionem faciat, quia ad hæredem non tranſeat: quod vtrumque vſusfructus legati eorumve quę perſonis cohærent nec ad hæredes tranſmittuntur proprium eſt, vtique alienum à legato proprietatis vel ſeruitutis prædij, *l.2. & 5.quand.dies leg. ced.l. 4. infr. de ſeruit.* Idem rurſus notatur cum dicitur fructus non ante fructuarij fieri quam ipſe perceperit. Nam dominus & bonæ fidei poſſeſſor fructus mox quam à ſolo ſeparati ſint, ſuos faciunt, *l.arboribus,12.§. Iulianus,ſup.tit.prox. l.ſi fructuarius,13. infr.quib.mod.vſufr.amitt. l.qui ſcit,25.*

§.1.

Digitized by Google

§ 1 *inf. de vſur.* In ſumma quod ſeruitutes prædiorum habere non poſſunt vt perſonæ cohęreant, etiamſi æque vt vſusfructus ex facto fructuarij, illæ ex facto aliquo eorum quorum prædiis debentur, conſiſtant, quo facit *l. ſeruitutes, 14. infr. de ſeruit.* Id vſusfructus habere poteſt, & quatenus habet, ea facto comparatur, & legatum vſusfructus in facto conſiſtere videtur, quod legatum capitis deminutione non perit, *l. penult. ſup. de cap. minut. l. ſeruo alieno, 113. in princ. & §. 1. infr. de legat. 1. l. 2. infr. de vſufr. leg. l. is cui, 11. inf. de adim. legat. l. Stichum, 95. §. vſumfructum, inf. de ſolution.* Quia omnia quæ facti ſunt, æquo & bono ſeu iure naturali conſtant; quo iure nihil perpetuum, nihil continuum eſt, nihil iuris niſi qua ipſo facto continuetur: continuatum vero ſatis ipſo facto exprimitur, ne nomine expreſſum aut cottidie repetitum vſusfructus legatum quis requirat. Alias plures demum res expreſſæ plura legata faciunt, *l. 2. inf. de legat. 2.* nempe in iure vel in proprietate: hic vero & ſi vſusfructus ſimpliciter vel ſemel legatus ſit, dici poteſt cottidie conſtitui & legari. Videndum eſt tantum de differentiæ ratione inter hunc locum vnde colligi videtur poſſe plures & cottidianos vſusfructus, plura & cottidiana legata eſſe, cottidie legati diem cedere, & eos quibus dicitur vſumfructum nomen iuris eſſe, eius legati ſemel diem cedere: ecquando cuique dicto locus ſit. Hoc in iure certe minime vulgare eſt. Prima diei ceſſio legati vſusfructus, inquam, ſimilis eſt diei ceſſioni legatæ proprietatis: cæteræ eius diei ceſſiones plane ſimiles eius diei legati ceſſioni quod non in iure, ſed in facto conſiſtat. Legatum quoque proprietatis ante mortem teſtatoris excepta regula Catoniana facti eſt: quia defuncti voluntas non certa, quæ ad ſupremum vitæ vſque exitum ambulatoria eſt. Quod ſi conditionale ſit, amplius vſque ad conditionis euentum facti eſt. Conditio enim ex qua legatum pendet, facti eſt. Eſt quidem quatenus iuris ſit, quod mortuo teſtatore iam per eum adimi non poſſit: non iuris eſt tamen, quod incertum adhuc conditionis incertum facit. Item & ſi purum ſit vel poſt conditionis euentum adhuc facti eſt ex voluntate legatarij. Nam ſi is repudiauerit, nec ab initio videbitur legatum fuiſſe, vt diximus ad titulũ ipſum. Ceſſio quidem diei legatum iuris facit, quatenus legati acquiſitionem quandoque factam ad ſe retrahit; vt legatum etiam ad hæredes legatarij tranſmittere poſſit, ſed non totum iuris facit. Confirmando

enim legato ſupereſt adhuc tum aditio hæreditatis tum voluntas legatarii, ne acquiſitio quidem quæ fit ex aditione hęreditatis, liquidum adhuc facit legatum. nam illa acquiſitio adhuc facti eſt, quæ ſuſpenditur à voluntate legatarii de legato admittendo vel repudiando. Quare Vlpianus hoc loco ait proprietatem eo tempore quo vindicatur, legari: quo non aliud ſibi vult quam legatum proprietatis eo demum tempore conſiſtere, omni facto purgatum, defecatum & dilutum eſſe, planum iuris effectum habere, denique conſumi. Id perinde eſt ac ſi diceres quod pleriſque locis iuris ciuilis dicitur, emptionem venditionem & cæteros contractus re ſecuta demum perfectos eſſe. His non vſquequaque vſusfructus legatum ſimile eſt ne à principio quidem, ideoque non pars dominii plane habendus eſt: ſed tamen non ideo à principio cottidie conſtituitur vel legatur: ſatis eſt in eo quod caput eſt, vſumfructum proprietati ſimilem eſſe, nempe in eo quod emolumentum rei contineat. *l. Mauius. 66. §. fundo. inf. de legat. 2.* Nam & cætera proprietatis ſimilia ex eo capite profecto ſua ſponte ſequebantur, niſi abſurdum vel adeo incommodum viſum eſſet proprietates in vniuerſum inutiles eſſe ſemper abſcedente vſufructu. Quæ ratio ei ſimilis eſt qua vna codicillorum ius intra fines legatorum & fideicommiſſorum coercitum eſt nec ad heredis inſtitutionem vſque extenſum, ne condicilli teſtamentis omnino exæquarentur. Nam alioquin quemadmodũ vſusfructus aduerſus proprietatem in iure non in parte conſiſtit, ita codicilli aduerſus teſtamenta. A principio igitur legatum vſusfructus mutuum habet ſumptũ à legato proprietatis quod primum & præcipuum eſt, vt ſemel eius dies cedat: poſt eum vero conſtitutum, acquiſitũ & legatũ admiſſum rurſus in eo quod proprium vſusfructus ſupereſt. ſimilitudinem proprietatis legatæ vſurpare, hoc certe nimiũ eſſet, hoc proprietatem non imitari, ſed excedere. Legatum enim proprietatis ſemel fungitur quemadmodũ & proprietas, quemadmodũ dos de qua Vlp. *lib. reg. tit. 6.* niſi repetitum ſit: vnde & legatum vſuſf. repetitum habet, vt etiam in vno legatario eius dies ſæpius cedere poſſit, nõ repetitum vero non magis exẽplo proprietatis ſæpius fungi poteſt quam legat. ipſius proprietatis. Sic reliquum eſt vt legatum vſuſf. per ſe conſideremus & ſine vlla regula proprietatis exigamus: per ſe vero plane extra bona eſt & perſonæ fructuarii cohæret, denique facto ſimile eſt. Cæterum in his quæ ſunt facti, non initium ſed

ſingula momenta ſpectamus. *l. qui bona. 23. §. 1. l. bo. fidei. 48. §. 1. inf. de acq. rer. dom. l. mora 32. inf. de vſur. &* in legato vſusfructus igitur conſumpta omni ſimilitudine quam cum dominio habet, reliquum eſt vt per ſingula momenta conſtitui & legari videatur. Huic rei habemus exemplũ quod ſequamur valde aptum ab his pactis, quæ ex interuallo extra naturã contractus facta ſunt. id eſt quæ adminiculis adiiciunt. Omnia enim quæ detrahunt, eadem ex natura contractus ſunt, ſeu contractu contineri videntur. *l. pacta conuenta. 72. infr. de contrah. emp.* Siquidem detrahunt iis de quibus ingreſſu contract. conuenit, quæ vtique ipſum contract. formarunt & naturam illi vel quod naturæ loco eſſet, indiderunt. Sed ad rem, quemadmodum pactum quo aliquid extra naturam contractus ex interuallo cõuenit, remoto contractu per ſe conſiderandum eſt quomodo conſideratum obligationem non parit; *l. 7. §. quinimo. ſup. de pact.* ſic legatum vſusfr. extra naturam proprietatis ſeu poſt vſumfr. conſtitutum per ſe conſiderandum, quomodo conſideratũ demum perſonæ cohæret & in faciendo ſeu fruendo tantum conſiſtit: quo caſu aliter atque in proprietate, quæ ſemper ſecum & per ſe iuris perpetuaq; eſt; nunquam conſiſtit donec ad proprietatem à qua ſeparatus eſt, reuerſus & finitus ſit. At nunq̃ ante reuertitur finiturve in multis coniunctis quam omnes ad vnum amiſerint, quia omnes vnius perſonę poteſtate funguntur. nunquã vlla pars ante aliam nunquam totum quod ſimul à proprietate ſeparatũ eſt, non ſimul ad eandem reuertitur aut finitur. Ergo non ante ceſſat ius adcreſcendi. Ante legatũ vſusf. admiſſum vel vſumf. per legatum conſtitutum, id legato proprietatis ſimile eſt; eo quod æque vtrumq; ius adcreſcendi admittat, æque poſt conſumptum ius adcreſcendi ad hereditatem rediturum ſit: at poſt legat. vſusfr. admiſſum vel vſumfr. per legatum conſtitutũ id legato proprietatis diſſimile eſt. Legatum enim proprietatis admiſſum non habet iam quo redeat, quod pleno iure acquiritur legatario & tranſit ad heredes: vſusf. vero ex propria natura proprietatem habet, ad quam ei certis modis reuertendum ſit. Ab iſtis confecta eſt huius loci interpretatio, cuius & ipſe Vlp. auctor nobis eſt, tum quod per diſſimilitudinem ait proprietatem eo tempore leg. à quo vindicatur. Sic enim præit viam quo tẽpore vſumf. quo de agitur, cõſtitui & amitti intelligamus: tũ vero ꝙ de vſufructu diſerte ait, cum poſt conſtitutum & admiſſum, ait cottidie conſtitui & legari. Hæc ſumma ſtricta re

ratio eſt vſusfructus legati ex nudo vſufructu inita, qua vſusfructus ex fruendo conſiſtit: ex qua ratione ſi de vſufructu agendum eſſet, vtique non ante agi poſſet quam vſusfructus finitus eſſet, non aliter agi quam de ſingulis corporibus. Nunquam enim ante quicquam in vſufructu extaret quod peti poſſet. Verum eadem ratione ſtatim poſt conſtitutum in vniuerſo vſumfructum ad exemplum proprietatis legatæ agi poſſe admiſſum eſt, qua ex ſtipulatione rem ratam haberi vel damni infecti ſubinde agi, quamuis nondum totum quod agentis intereſt aut totum damnum computari poſſit, quod nondum totum factum ſit; ne alioquin non ante vſusfructus peti poſſit quam finitus ſit, *l. ſi procurator*, 18. *infr. rem rat. hab. l. ſi ſic ſtipulatus*, 133. *infr. de verb. oblig. l.* 3. §. *quæſitum, d. l. ſi cui plusq. per leg. falcid.* Cæterum quod non tam iure aut per ſe quam exemplo proprietatis aut ne legatum vſusfructus pereat, admiſſum eſt ſtatim ab adita hæreditate & antequam certi ſint fructus, agi poſſe; Id non perinde in cæteris valere debet, neque quod legati dies ab hæreditate adita ceſſerit & venerit agive poſſit, ideoque dicendum eſt quod in facto adhuc aut iure adcreſcendi eſt, id conſumptum eſſe. Pone chorum vel familiam vel ſupellectilem vel argentum vel peculium vel inſtrumentum, denique totum aliquod quod ſic plura corpora vni nomini ſubiecta contineat, vt vſusfructus plures fructus ſingulos: quandoque legatum de illis conſtituas, illa æque res ſingulas ſecum ſemel auferunt. Dominium enim quod vniuſcuiuſque rei vnum eſt, hauriunt & conſumunt. Vſusfructus vero ſinguli fructus non ſunt vnius temporis, ſed multorum: cottidie noui fructus naſcuntur & percipiuntur, quibus ſingulis ſuus dies legati tribuendus eſt ex perceptione. Cottidie, inquam, non ſolum ante admiſſum vſusfructus legatum, ſed etiam poſt: vt ne vnquam ante vſumfructum finitum ſeu ante omnes legatarios mortuos vel deportatos deſit materia, vt nouorum fructuum ſic noui legati aut iuris adcreſcendi. *Cum primum itaque non inueniet alter eum qui ſibi concurrat, ſolus vtetur in totum*, inquit: quemadmodum ſcilicet ſi nunquam concurriſſet. Poſtquam enim multis & aſſiduis inter ſingulos ſingularum rerum legatis, anterioris diei legatum non eſt legatum poſterioris; quid refert quis heri concurrerit, ſi hodie alio legato aliaq; vſusfructus conſtitutione idem non concurrat? *Nec refert coniunctim an ſeparatim relinquatur:*

quatur, inquit: Refert quidem vt coniuncti præferantur ſeparatis, vt ſupra diximus: ſed non refert quod attinet ad ſimplex ius adcreſcendi. Nam & re tantum coniuncti id habent. Si vni tantum legatus ſit vſusfructus, id non poteſt in eo non iuris eſſe. Itaque non aliud cedendi tempus habet quam aditæ hæreditatis, niſi ſpecialiter repetitum ſit, *l. 2. §. 1. & l. 3. infr. quib. mod. vſusfr. amitt.* Imo de ſingulis fructibus etiam in vno legatario diuerſa diuerſorum temporum legata eſſe nihil vetat, quemadmodum nec quod proprietas vni legata ſit, eo minus tunc legetur cum vindicatur: ſed quid ad ius adcreſcendi, quod niſi inter multos locum non habet?

AD §. IDEM IVL. ET AD L. 2.

INter hæredes ius adcreſcendi eſſe poteſt nomine tantum hæreditatis, non etiam nomine legati: Inter legatarios nomine legati, nō nomine hæreditatis. Nam ius adcreſcendi eſt de partibus homogeneis & cognominibus ad totum, non de heterogeneis aut toti diſſimilibus. Ius adcreſcendi ſimile eſt alluuioni: alluuio eſt incrementum latens: & ita quoque latet acceſſio partis ad partem iure adcreſcendi facta; quia poſtquam facta eſt, videtur totum ab initio legatum fuiſſe vel à toto non decreuiſſe. Incrementum vero latere non poteſt de partibus diſſimilibus, quæ ſcilicet diſſimilitudine ipſa ſtatim eluceſcunt. Paul. *lib. ſentent. 3. tit. 6.* ſent. acceſſio alluuionum. *Acceſſio alluuionum*, inquit, *ad fructuarium fundũ non pertinet*, vbi vacat illud, *fundum*, vt liquido patet ex ratione quæ ſequitur, *quia fructus fundi non eſt*, inquit: Niſi forte ſcribendum ſit, *ad fructuarium fundi.* Acceſſio alluuionum non eſt fructus fundi, ſed pars fundi ſeu fundus ipſe, ergo non pertinet pleno iure nō ad fructuariũ fundũ, ſed ad vſufructar. fundi, alioquin alluuio nō eſſet de partib. ſimilibus, nō incremẽtũ latens: forte nec ſimilis de eo actio eſſet, id eſt ad proprietariũ pertineret, contra *l. ſi ego, 11. §. vlt. ſup. de public. in rem act.* Nam ſi ideo dominus ſimili actione de eo quod per alluuionem acceſſit, atque de primo fundo, agere poteſt: quia non apparet diuerſum eſſe, quid ni ideo etiam vſusfructus acceſſionis per alluuionem factæ ad vſufructuarium pertinebit? faciunt adhuc magis ſequentia, *venationis vero & aucupij reditus ad fructuarium pertinet*, inquit: Perſpicue enim non vult ad fructuarium

fundum. Cordato homini nunquam veriſimile fiet Paulum ita ſcripſiſſe vel ſenſiſſe vt minus alluuionis, quam reliqui fundi vſusfructus ad vſufructuarium pertineat: multo vero minus vt acceſſio alluuionum ad proprietarium non pertineat, quod tamen poſterius ſapit hęc ſcriptura, *ad fructuarium fundum*. Et peruerſa eius rei ratio redditur, *quia fructus fundi non eſt*. Nam de proprietate ratio petenda non eſt à fructu. Accedit Vlp. *in l. item ſi fundi, 9. §. huic vicinus, ſup. tit. prox. Huic vicinus tractatus eſt*, inquit, *qui ſolet in eo quod acceßit tractari, & placuit alluuionis quoque vſumfructum ad fructuarium pertinere*. Et paulo poſt, *vbi latitet incrementum, & vſusfructus augetur; vbi autem apparet ſeparatum, fructuario non accedit*: quia ſcilicet nec proprietas proprietario accedit, nec vero alluuio eſt quando non latet incrementum. Accedit etiam Iulianus *in l. idem eſt 34. ſup. de rei vindic.* Vtinam qui mutare vel minuere ſolent in libris noſtris, omnes ea fronte eſſent, vt nihil mutarent vel minuerent niſi tantum rationis haberent quantum hoc loco mihi eſt. Huc facit *l. fructus 34. in fin. cum l ſequ. ſupr. de rei vindic. l. ſi Titio, 33. §. 1. ſup. tit. prox. l. inter ſocerum 26. §. cum inter inf. de pact. dotal. l. quod in rerum, 24. §. ſi quis, inf. de legat.* 1. Partes vero hæreditatis & vſusfructus ſimiles non ſunt, non de eodem genere. Id ſatis aperte definit regula Celſi, totiens ius adcreſcendi eſſe quoties coniunctim legatum ſit: coniunctim vero totiens legari quotiens totum ſingulis datum, partes autem concurſu factæ. Clare enim duobus hæredibus non coniunctim datus eſt vſusfructus, non ſingulis in ſolidum relictus nominatim, ſed iis qui tantum hæredes inſtituti ſunt. Conſtitutus quidem vtrique eſt per legatum nudæ proprietatis, ſed non per concurſum diuiſus. Plus eſt per concurſum diuiſum eſſe quam conſtitutum: quia per concurſum is tantum diuiditur qui ante cõſtitutus eſt. Hic vero contra minus eſt per concurſum diuiſum eſſe, quam conſtitutum. Prius enim diuiſus eſt, deinde conſtitutus Dico prius diuiſum eſſe, & ſi quis velit, per concurſum, inquam; nec vlla labe Vlpiani ſententiæ. Poteſt enim per concurſum diuiſa eſſe hæreditas inter hæredes. Pone inſtitutos ſine partibus, id eſt ſingulos in ſolidum: Ita per concurſum diuiditur etiam vſusfructus qui ineſt, antequam conſtitutus ſit; qui conſtituitur demum legato. Hæreditas omni legato prior eſt: ſi quidem ab ipſa excipitur & delibatur omne legatum, vt ſpecies à genere ſuo. Sed ita diuiditur vſusfructus

fructus hæreditatis vel proprietatis potius nomine quam vſusfructus, per concurſum potius hæredum quam fructuariorum. Hæredes enim nunquam ſunt hæredes nomine vſusfructus aut rei ſingularis, *l. 1. §. ſi ex fundo, l. ſi alterius*, 10. *cum l ſequ. inf. de hæred. inſtit.* Itaque vt ſequitur in l. 2. pars vſusfructus ab vno hærede amiſſa ad legatarium eundemque proprietarium, id eſt ad proprietatem redibit, à qua poſterius per legatum conſtitutus & diuiſus eſt; non ad cohæredem, quo cum diuiſa per concurſum hæreditas & partes factæ ſunt antequam vſusfructus per ſe aut conſtitutus eſſet. In quo elucet regula quam poſuimus iure adcreſcendi partes primum redire ad totum à quo poſtremum & proximum diuiſæ ſunt. Hunc reditum vero vſusfructus ad proprietatem & ſi non dixeris ius adcreſcendi, quod proprie eſt de ſimilibus partibus ad ſimiles partes, quales vtique non ſunt partes vſusfructus qui redit, & proprietas ad quam redit, *l. recte 25 infr. de verb ſign.* poſſis tamen dicere eodem modo & per eandem cauſam ſeu argumentum alluuionis fieri, quaſi vſusfructus ſit pars etiam dominij, *l. ſi conuenerit*, 18. §. 1. *infr. de pignor. act.* Hoc tantum intereſt quod priuilegium ſit eorum, quoſcunque inter poſterius partes factæ ſunt, vt proximorum, qui ideo dicuntur ius adcreſcendi habere: quale legatarij re & verbis coniuncti habent præ re tantum coniunctis, re tantum coniuncti præ domino proprietatis aut præ hærede. Noſtra regula ei ſimilis eſt quæ fit in collatione bonorum inter eos qui ſunt eiusdem gradus, *l. 1. §. ſi ſit, inf de dot. collat. l. 1. §. ſi quis cum §. ſequ. infr. de coniung. cum emanc. lib.*

AD L. 3.

VLpianus primum confirmat ſententiam Iuliani in fine legis primæ à ſe explicatam, auctoritate Neratij idem cum Iuliano exiſtimantis adiecta ratione ex regula Celſi ſatis iam ex ſuperioribus nota: deinde ex eodem Celſo ſimilem quæſtionẽ proponit, ſi duo domini fundũ ex iuſta domini transferendi cauſa tradiderint excepto vſufr. quam ſimiliter decidit. vter enim eorum prius vſumf. amiſerit, eius partem non alteri domino adcreſcere, quia non prius totius fundi vſusf. conſtitutus deinde diuiſus, ſed conſtitutus tantũ non ẽt per concurſum diuiſus, aut ſi per concurſum diuiſus, id non per ſe, ſed obiter & nomine tm̃ proprie-

tatis, nec poſt vſumfructum conſtitutum ſed ante. Ante diuiſam proprietatem dico, quod eius partes iam factæ erant quam à dominis traderetur, non certis regionibus quidem ſed certis partibus, licet indiuiſis: poſterius vero vſumfructum conſtitutum nempe per traditionem proprietatis deducto vſufructu. Et iſta eadem ratio generaliter notanda eſt cur inter viuos non ſit ius adcreſcendi poſtquam res omnes ſunt inter ſingulos diuiſæ, omnium rerum partes iam ante factæ primo omnium gentium concurſu, quo diſcretæ gentes regna condita, dominia diſtincta, agris termini poſiti, &c. *vt in l.5. ſup. de iuſtit. & iur.* Itaque vſufructu in hac quæſtione à qua proprietate proxime d uctus eſt, ad eam etiam proxime redit. *Non ad totum*, inquit, *ſed cuiuſque vſ[illegible]ructus ei parti accedit quam ipſe tradiderit.* Sic oſtendit diuerſum in iſta ſpecie à ſuperiori, vbi vter fructuarius partem ſuam amiſerit, eius pars ad totam proprietatem legatam redit, vtrique legatario adcreſcit, vt loquar cum Paulo *in dict. l. ſi conuenerit. 16. §. 1. infra. de pignerat act.* quia legatarii potius à teſtatore, qui vnus fuit, proprietatem nomine legati acceperunt, quam ab heredibus qui duo fuerũt. *l. legatũ. 80. inf. de leg. 2. l. à Titio. 64. inf. de furt.* Apud teſtatorem qui vnus fuit, non poteſt videri diuiſa fuiſſe proprietas: ergo apud legatarios & concurſu demum ab illis facto diuiſa eſt, & quidem quam vſusf ad eos perueniret, qui nunc demum peruenit cum finitus eſt; ne quis dicere poſſit à ſingulis eorum proprietatis partibus ſimul conſtitutum ſimul diuiſum fuiſſe vſumf. Non ante quidem hereditas res ſingulas heredis facit quam legatum rei legatæ dominium legatarii, ſed tamen nec ante legatum rei legatæ dominium legatarii facit quam hereditas res ſingulas hereditarias heredis. Quemadmodum igitur legatarii in proprietate primum quæſita concurrerunt, ſic etiam nunc in ſingulis vſusfructus partibus primum quæſitis, prout ab heredibus amittuntur, concurrunt. At hic inter viuos pars vſusfructus amiſſa ad eam tantum partẽ redit, à qua initio id eſt per conſtitutionem diuiſus eſt: quia iam ante coſtitutionem proprietati inerat, cuius proprietatis partes iam ante traditionem apud eos qui tradiderunt, factæ fuerunt. Sic ſingulæ vſusfructus partes à ſingulis proprietatis partibus ſinguliſve dominis conſtitutæ, ad ſingulas partes finitæ reuerti debent. Idem eadem ratione obtinet in legato damnationis: quia ſic hæredes legatariis

gatariis id præſtant & tradunt; apud quos hæredes non poſſunt proprietatis partes non videri iam factæ, & ſic etiam partes vſusfructus antequam eum conſtituant vel præſtent. Imo idem & in legato vindicationis in ſpecie *l. penult. inf. eod.* vt dicemus.

Ad §. non ſolum.

HOc §. longius progreditur Vlpianus ab eis caſibus quos explicauit in *l. 1. §. interdum* & in iſta lege, quibus omnibus ius adcreſcendi eſt inter legatarios manifeſtius æque fructuarios; ad eum caſum quo non omnes prima fronte videantur fructuarij, ſed vnus tantum, alter vero proprietarius. *Nam amittente vſufructu altero cui erat legatus, magis iure adcreſcendi ad alterum pertinet*, inquit, *quam redit ad proprietatem.* Hoc ſibi vult, nondum finitum eſſe vſumfructum, ſed amiſſum tantum à fructuario; Ideoque ſi proprietarius cui ea pars adcreuit, capite minutus ſit vel tempore legitimo non vtatur, ita vt vſumfructum amittat; rurſus totum vſumfructum collegatario fructuario adcreſcere ſi is tempore adcreſcendi ſit ſuperſtes & ciuis Rom. vel ſeruus ciuis Romani. *Paul. lib. ſent. 3. tit. 6. ſent. vſusfructus amiſſus cum ſequ.* Vlpianus non adiicit rationem, ſed tantum ſpeciem propoſitam illuſtrat addito alio ſimili exemplo; quaſi nota fuerit ratio: quorſum ait nec nouum eſſe. Quod ſi tantum virum rationem addere non piguiſſet, cur ſit etiam pro legatario vſusfructus, ſeu pro fructuario is cui fundus legatus eſt, quo ne mirum nunc rudibus & imperitis qui nihilominus interpretes agunt, videretur inter eum & fructuarium ius adcreſcendi vſusfructus eſſe; ſimul iſta quæſtione nos ſimul ſeipſum ab iſtis contradicentibus abſoluiſſet, qui quod ille ait non nouum eſſe, contra valde nouum eſſe dicunt, vt vſusfructus cauſalis, id eſt proprietati mixtus, pereat morte vel capitis minutione atque à proprietate diuidatur. Quo apparet eos neſcire coniunctis in vno eodemque legato vnius poteſtate fungi, eoque ius adcreſcendi inter eos peruium eſſe pari vtrinque iure, & rationem vtriuſque legatarij communem. Eo ipſo, inquam, non iure aut qualitate ſeparandus eſt vſusfructus qui fundo legato ineſt, ab eo qui nominatim legatus eſt, qui vtique à fundo ſeparatus eſt. Vnus eſt enim totius fundi vſusfructus; quamuis apud diuerſos, non diuerſo tamen iure aut qualitate. Eo fit hoc loco ne

Digitized by Google

vſusfructus qui proprietati ineſt, minus videatur formalis minuſve perſonæ cohæreat. Iisdemve modis amittatur quibus formalis, quam qui ſpecialiter legatus eſt. E re huius loci magis erat explicare cur legato vni vſufr. videatur etiam alteri nomine fundi legatus, vel cur legatum vſuſf. ſpeciale ſeu expreſſum non deroget tacito quod legato fundi ineſt. Alias & regulariter generi per ſpeciem, tacito per expreſſum derogatur & potiſſimum habetur quod ad ſpeciem directum vel expreſſum eſt: quam regulam, ſi ſequeremur hoc loco, vſusfruct. qui ſpecialiter legatus eſt, ei derogaret, qui hoc tantum videtur legatus quod proprietas cui ineſt, legata ſit, & totus fructuario cedere deberet: *l. ſeru. vrb. 99. §. vl. inf. de leg. 3. l. 6. §. ſi ſeruum inf. de pecul. leg. l. ſi peculium. 10. inf. de manum. teſt.* ſed hoc loco contra totum vſumfructum inter eum cui proprietas & eum cui vſusfructus legatus eſt, communicamus; perinde ac ſi vtrique nominatim legatus eſſet, *vt in l. ſi alii. 19. inf. de vſufructu legat.* In cæteris generibus facilius eſt ſpeciem derogare generi; & quaſi iam ſpecies ſit per ſe, ſatis eſt aliquid de genere nominatim alii legari quam cui genus legatum fuerit. Sic tenendum eſt in his corporibus quæ ex multis diſtantibus compoſita ſunt. Sunt enim ſingula vtique etiam per ſe, quæ iam natura diſtant. *l. 6. §. ſi ſeruus. inf. de pecul. legat. l. ſi peculium. 10. inf. de manum. teſtam.* Vſusfructus vero tenacius pars eſt proprietatis neque ab ea auelli poteſt, niſi ſpeciali exceptione ex teſtamento demum ipſo & verbis teſtatoris: quia contra natura non diſtat à proprietate. Itaque etiam citius extinguitur legatum vſusfructus, quam proprietatis aut ſeruitutum prædiorum, *l. vlt. inf. quib. mod. vſuſfr. amitt. l. ſi grege. 22. inf. de legat. 1. l. ſeruitutes. 20. §. ſi ſublatum. inf. de ſeru. vrban. l. qui vſumfructum. 36. ſup. tit. prox.* vt facilius & citius reddatur ſuæ naturæ. Quare hic plus valet ſcriptura quam peractum ſit, vt ait Modeſtinus *in d. l. ſi alii. 19. in fin. inf. de vſuſr. leg.* id eſt plus valet legatum proprietatis quam voluerit teſtator, qui voluit tantum nudam proprietatem legare, non etiam expreſſit. Simile exemplum eſt *in l. Titius 45. inf. de excuſat. tut. Titius filiis meis quoad reipub. cauſa non aberit, tutor eſto.* Ex his verbis apparet teſtatorem nolle vt Titius tutor ſit, interim dum reipub. cauſa aberit: & tamen tutor erit, quia teſtator non cauit nominatim ne tutor eſſet cum reipubl. cauſſ. abeſſet. Sic etiam legatum pluribus diſiunctim relictum non transfertur, quamuis teſtator trans-

transferendi animo alii legauerit, niſi euidentiſſime id demonſtrauerit. *l.ſi pluribus.33.inf.de legat.1.l.6.inf de adim.leg.* Denique ibi plus valet ſcriptura quam p ractum ſit vbi non ſufficit dare vel relinquere, ſed etiam prius alicunde auellendum, eruendum & auferendum eſt, vt perſe dari vel relinqui poſſit: ſicuti accidit in omni legato rei numero vnius & ſingularis, ſi forte eam velit teſtator diuidere in partes non ſimiles, non homogeneas, non cognomines. Quod ſi chorus aut familia, ſuppellex, argentum, peculium aut inſtrumentum legatum ſit, perinde eſt ac ſi ſingulæ res illorum generum legatæ ſint: quæ res nullo naturali vinculo continentur inter ſe, Ideoque non prius ſeparandæ ſunt quam diuerſis dandæ vel relinquendæ. Quare fit vt alio ſpeciali legato cuiuſque rei ſingularis ab illo generali recedi poſſit. De vſufructu vero ita obtinuit vt naturaliter ſit pars dominii antequam conſtitutus ſit, id eſt nomine fundi alteriusve rei ſingularis ipſo iure nec ex noſtra tantum deſtinatione veniat tanquam ipſe fundus dominiumve, vel ita ægre diuelli poſſit à fundo vel dominio, vt fundus ipſe dominiumve ipſum. *l. qui vſumfructum. 58. infra de verb. oblig.* Eo fit vt legato fundo non minus iure ipſo, ſtet legatum vſusfructus quam fundi aut proprietatis: & quemadmodum legatum fundi omnino non prius transfertur quam priori ademptum ſit, ita legatum vſusfructus non prius in eum cui nominatim relictum eſt trãſferatur quam proprietati detractum fuerit. Vſusfructus igitur non prius detractus, vtriq; legatus cenſetur, & cui fundus & cui vſusfructus. Cæterum & ſi in eo per ſpeciale legatũ tacito derogari non poſſit; vt ſpeciale potiſſimum & ſolum ſit ſolidumve habeat is cui ſpecialiter legatum eſt; in eo tamen quod reliquum eſt, poteſt vt tacitum quaſi acceſſio quædam, ſequatur naturam ſpecialis ſeu expreſſi, quaſi ſui principalis. Ne igitur mirũ ſit proprietarium hoc loco per cauſam fructuarii fructuarium quoque videri vel cum fructuario concurrere, cum idem videas inter eum cui vſus & alterum cui fructus legatus ſit apud Paul. *in ſent. lib.3 tit.6. alteri.* Ait enim fructuarium in vſu concurrere, quod in fructu vſuarius non poſſit: quæ ſententia hoc tantum differt ab iſto Vlpiani loco, quod illic ius adcreſcendi nihilomagis proprie ſit qua ratione diximus in fine præfationis, etiam ſi fructuarius & vſuarius in vſu concurrant: propterea quod iſto concurſu nihilomagis diuidatur

uidatur vſus, qui per ſe indiuiduus eſt, Cæterum quemadmodum hic vſusfructus, ita etiam illic vſus manet etiam apud fructuarium donec ambo mortui ſint vel deportati: eadem ratione qua hic dicitur vſumfructum cottidie conſtitui & legari. Non minus enim vſus perſonæ cohæret aut extra bona eſt quam vſusfructus. Quod ſi te in alias iuris ciuilis partes verteris, non minus idem videas quod hic in iure adcreſcendi, vbi duo concurrunt, vnius cauſam alteri quoq; communicari, ne ius in vno claudeat, *l. hoc quod, 25. §. 1. infr. de ſeruit. vrban. l. ſi communem, 10. infr. quemadmod. ſeru. amitt. l. cum autem, 23. §. vlt. infr. de ædilit. edict. l. non tantum, 20. infra de re iudic. l. cum hæred. 55. infr. de acquir. hæred. l. ſi ex duob. 32. infr. de pecul. l. 3. §. ſi quis ex liberis, l. non putauit, 8. §. ſi exhæredatus, §. in adoptionem, §. vt autem, & §. non eſt nouum, l. ſi poſt mortem, 10. §. 1. & §. vlt. cum l. ſequ. infr. de bon poſſ. contr. tab. l. qui ex liberis, 11. infr. de bon poſſ. ſecund. tab. l. 4. § ſed ſi, infr. de vulg. ſubſtit. l. 2. l. 4. C. de impub. & al. ſubſtit. l. 6. C. de teſtam. l. vlt. C. de fruct. & lit. exp. iuncta l. in ſacris, 12. §. vlt. C. de prox. ſacr. ſcrin. l. 3. in fin. infr. quæ res pig. dat. obl. non poſſ. l. 5. infr. ad Se. Tertyll. l. ſi is qui, 23. inf. de liber. leg. & ſup. tit. quod quiſque iur. in alt. ſtat. l. 5. §. generaliter, infr. de donat. int. vir. & vx. l. quod ſi, 13. in fin. inf. de in diem addict. l. qui negotia, 34. §. cum hæred. infr. mandat.* in eodem propoſito conſiſtit intellectus, *l. vlt. infr. de duob. reis. l. Mæuio, 41. infr. de legat. 2. Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam* lego. Hi & ſi verbis coniuncti, re tamen diſiuncti ſunt; propter mentionem partium in ſingulis expreſſam: ſed quia continuo ſubiicitur, *Eundem fundum Titio lego*, qua ſcriptura Titius Mæuio & Seio re coniungitur; idcirco & pro re coniunctis habentur inter ſe Mæuius & Seius. Qui enim poteſt Titius Mæuio & Seio coniunctus eſſe, niſi eo vinculo videatur Mæuius & Seius re inter ſe coniuncti? Itaque in fine illius legis, *neceſſe eſt vt ea pars quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat,* ait Iauolen. Ecce qui ſupra dixit: *cum ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit,* Iam ait fundum cuique legatum. Et illud eſt quod dicitur in legatis nouiſſimam ſcripturam ſpectandam eſſe, in diſiunctis ſcilicet, *l. quod traditum, 87. infr. de condic. & demonſt. l. quid ergo, 53. infr. de legat. 1.* Ita tamen vt Mæuius & Seius vnam tantum dimidiam ſimul accipiant, Titius alteram, tum quia verbis coniuncti fuerunt Mæuius & Seius, & ſi eius coniunctionis non haberetur ratio niſi coniunctio rei poſtea acceſſiſſet;

ceſſiſſet; tum quia ait Iauolenus, *proportione legati*, id enim ſuperfluum eſſet ſi cuique ex æquo adcreſceret. Denique ſatis eſt Mæuium & Seium per Titium in eo releuari in quo per eundem grauantur. In eo vero vno grauantur quod reſtringantur ad vnam dimidiã, qui duas ſinguli ſingulas ſine Titio haberent. Releuantur igitur per coniunctionem Titii vt ad eius dimidiam nec non quartam quam inter ſe amiſerunt, iure adcreſcẽdi redire poſſint: quare Mæuius & Seius re & verbis coniuncti videãtur, Titius re tantum. Sic etiam accipio quod dicitur, *in l. 1. inf. de bon. poſſe.* bonorum poſſeſſionem admiſſam etiam dominium rerum, quę in bonis ſunt, tribuere; quia hoc bonis ſit coniunctũ: Itaq; longe interpretes falli, qui ex eo loco ſiue dominium vtile ſiue directum à pratore per ſe dari poſſe colligant. Exempla multa ſunt, ſed nullum eo melius aptiuſue dari poteſt quod dat ipſe Vlpian. in eodem genere vſusfructus legati. *Nam & ſi duobus vſusfructus legetur*, inquit, *& apud alterum ſit conſolidatus, ius adcreſcendi non perit neque ei apud quem conſolidatus eſt neque ab eo*, &c. Ex ſimili ducta ratio eſt. quid intereſt enim vſusfr. ab initio conſiſtere potuerit in eo qui proprietatem haberet, an qui ab initio ſine proprietate fuerit, is per conſolidationem non extinctus ſit? *l. inter. 83. §. ſacram. l. exiſtimo 98. inf. de verb. oblig.* Totum eo recidit vt quandiu vllus coniunctorũ ſupereſt, cui vſusfructus ab altero amiſſus adcreſcere poſſit, in medio legatum cenſeatur, incerto an cuiuſquam ſit & quatenus; ac proinde non certe vllius niſi vniuerſitatis quam coniuncti inter ſe faciunt: quia omnes coniuncti pro vno habentur. Coniunctio ſeu ius adcreſcendi hoc loco legatum facit, quod ni coniunctio iuſve adcreſcendi eſſet, certe nec legatum eſſet; verbi gratia *in l. quotiens 34. ſup. tit. prox.* vbi licet inter coniunctos ius tamen adcreſcendi non eſt quaſi inter diſiunctos; propterea quod duobus alternis annis legatum eſt. *l. cum vſusfructus 13. infr. de vſufr. leg.* Mæuia vero coniuncti non ſunt aut non pro coniunctis habentur, idcirco qui eorum proprietatẽ acquiſierit, is ſuo anno legatum non habebit. Sic mihi videor locum explicaſſe hactenus nõ explicatum: ſupereſt tantum quod ad ſummam notatum velim, horum exemplorum differentiam eſſe à ſuperioribus; In quibus vſusfructus ante diuiſus fuit quam conſtitutus, vel certe non primum cõſtitutus, deinde per concurſum diuiſus. Nam & heredes à quibus legata eſt proprietas deducto vſu-

 fructu,

fructu, & duo domini qui ſimiliter deducto vſufructu proprietatem tradiderunt; partes iam ante quam legatum eſſet vel quam traderent, factas apud ſe habuerunt, quamuis alio nomine quam vſusfructus: hic vero non ante factæ ſunt, quia duobus coniunctim legatus eſt vſusfructus, ſiue vtriq; nominatim ſiue alteri tãtum nominatim, alteri fundus.

AD L. 4. ET 9.

SI proprietas fundi tibi legata ſit, mihi vero tecum coniunctim legatus vſusfructus; iam ſupra explicatum eſt tibi etiam vſumfructum nominatim legatum videri, ac proinde inter nos ius adcreſcendi fore: hic videndum eſt quid amplius ſi proprietas fundi legata, id eſt fundus legatus tibi fuerit; mihi vero & Mæuio & rurſus tibi vſusfructus legatus. Africanus *in leg. ſi proprietas 9. infra eodem*: nobis in partes vocandus eſt, imo præponendus huius quæſtionis præparandæ cauſa. Ibi ex iſta ſpecie, *Primo fundum Tuſculanum do lego, Secundo eundem fundum do lego, Tertio vſumfructum eiuſdem fundi do lego*; Non vult tres vſusfructus trientes fieri, qui ſinguli ſingulis dentur; ſed Primum & Secundum in vnũ ſemiſſem cogi, tanquam æquales, coniunctos & concurrentes; Tertium alterum ſemiſſem habere, vt *in l. Sempronius. 26. § 1. inf. de vſuſfructus legat.* In iſta ſpecie legatarii plures eodem proprietatis vel vſusfructus nomine coniuncti ſunt, vt verbis. Quibus legata eſt proprietas, ij pariter non per ſe vſumfructum habent, ſed per propriet. cui iis ineſt: quibus vero vſusfructus per ſe, ji æque per ſe vſusfructus legatarii ſunt. Sic æqualium æqualis concurſus. Cum vni proprietas legata eſt, alteri vſusfructus; ſinguli ſemiſſem vſusfructus concurſu auferunt: cum vero pluribus aliis legata eſt proprietas, aliis vſusfructus; proprietarii vel fructuarii cum ſingulis ſui generis legati coniunctiores ſunt quam cum aliis. Itaque plures in eandem partem vocantur & iure adcreſcendi cæteris præferuntur. Quæ æqualitas tamen rurſus diſcriminari poteſt verborum, *&, ac, atque*, & ſimilium adiectione: vt quibus ita coniunctim legata ſit proprietas vel vſusfructus, ij ſeparatim ab his quibus ſine iſta cõiunctione legatum ſit, in vnam partem arceantur & ſoli a ſe inuicem ius adcreſcendi habeant. Iam ad propoſitum accedo & dico adhuc amplius eſſe in ſpecie huius l. 4. quod diuerſa ſit deciſio. Illic dicitur te, cui vni legata

gata eſt proprietas vel vſusfructus, ſemiſſem vſusfructus habiturum; me & Mæuium, quibus ambobus æque proprietas vel vſusfructus, alterum vſusfructus ſemiſſem: hic vero te cui legata eſt proprietas, non amplius habiturum quam me aut Mæuium, quibus vſusfructus tantum. Ita varie inquam, ob repetitum tibi vſusfructus legatum per nomen ipſius vſusfructus. *mihi autem & Meuio & tibi eiuſdem fundi vſusfructus*, inquit. Qui proprietatem tibi legauit, deinde vſumfructum, ſimilis eſt ei qui totum tibi legauit, deinde partem. *l. qui vſumfructum.* 58. *inf. de verb. oblig.* Qui proprietatem tibi legauit, vſumfructum etiam videtur legaſſe; quē poſtea iterum legauit. Cum igitur eadem res ſæpius legata in eodem teſtamento, amplius quam ſemel peti non poſſit ſufficiat que vel rem conſequi vel æſtimationem; *l. plane.* 34. *§.1. inſ. de legat.1.* ſupereſt tantum quæſtio vtrius vſusfructus legatum potius valeat, eius qui tibi nomine proprietatis intelligitur legatus, an eius qui per ſe ſeu nomine ipſo vſusfructus. In toto iure generi per ſpeciem derogatur, inquā, & potiſſimū habetur quod ad ſpeciē directū eſt: legatum vero vſusfructus per proprietatem, tacitū neq; ad ſpeciem vſusfructus ſed ad proprietatis directū: vſusf. per ſe ſeu nomine ſuo legatum ad propriā vſusf. ſpeciem directū eſt, ideoq; ei vt potiori cedit legatum vſusf. per proprietatem. Cur igitur ſuperiorib. caſibus ſpecies nō ſic derogat generi? Cur ſi vni legatus ſit fundus alteri vſusf. vt in fine legis ſuperioris; vel ſi duobus fundus, vni vſusfructus, aut cōtra duobus vſusf. vni fundus, *vt in dict. l. ſi proprietas.* deniq; cur in diuerſis perſonis tacitū non cedit expreſſo? Perſona quæ expreſſa eſt inquā ſufficit exprimēdæ parti ſuæ ex eo toto quod ſemel expreſſum eſt: In vna vero eademq; perſona ex duob' vnius rei legatis alterutrū faceſſere neceſſe eſt; quia eadem pars numero ſæpius præſtari, ſæpius fungi non poteſt, *d. l. plane*, §.1. & 2. *l. Meuius*, 66. *in pr.* & §.1. *inf. de leg. 2.* In diuerſis perſonis non poteſt eadē pars videri, in vna eademq; perſona poteſt. Cæterum ſublato tacito vſusfr. legato, quo tu vt ſolus tui generis legati, ſolus ſemiſſem vſusfr. habiturus eſſes, quia in expreſſo quod ſupereſt æque omnes coniuncti ſumus, ideo concurſu ſinguli ſingulos trientes accipimus, quorum ſinguli qui per capitis diminutionem vel alio modo deficiunt, aliis duobus æque adcreſcunt, vt ſinguli additis ad trientes quos habebant, duabus vnciis; ſemiſſem vſusfructus habere incipiant.

AD L. ET SI.

Retinenda eſt ſuperioris legis ſpecies, qua tibi proprietas legata fuerit, mihi autem & Mæuio & tibi eiuſdem fundi vſusfructus. Nam ei ſpeciei hoc tantũ adiicit Caius auctor huius legis ex Iuliano auctore ſuperioris, vt ſi tu proprietatẽ quæ tibi legata eſt, alienaueris deducto vſufructu; nihilominus tibi adcreſcant duæ vnciæ eius trientis qui ab alterutro noſtrum, id eſt à me vel a Mæuio amiſſus ſit. Hoc conſequens eſt ex ſuperiorib. quib. conſtitit proprietatem non impedimento eſſe legato vſusfruct. aut coniunctioni iuri ve adcreſcendi inter omnes coniunctos vt æque fructuarios, ſiue ea ab initio vſusfructus legati fuerit ſiue poſtea legato acceſſerit. Nam quæ accedendo nihil egit, vtique nec decedendo videtur quicquam agere: vt accedentis, ſic decedentis nullum momentum eſt ſiue vt legatum vſusfructus valeat vel duret, ſiue ne valeat vel ne duret. *Nec videri nouum tibi acquiri vſumfructum*, Id eſt eundem manere quẽ ante habebas ex triente, quem ve deduxeris ex proprietate tradita: quia ſemper vſumfructum retinueris facto ipſo nec intermiſſionem vllam feceris. facit l. cum vſusfructus 13. infra de vſufr. legat. Abſque coniunctione aut iure adcreſcendi eſſet, aut ſi vnus tantum ex coniunctis legatariis ſupereſſes, vtiq; videretur nouus vſusfructus quem ex proprietate deduxiſſes: cum & ſi ante fuiſſet, per proprietatis acquiſitionẽ finitus eſſet. *l. ſi cum 21. §. ſi fundum. inf. de except. rei iud. l. quotiens. 34. ſup. tit. prox.* Sed coniunctio inter nos quæ fecit vt contra naturã vſusfructus vſumfructum cum proprietate coniunctum habere potueris; eadem adhuc quandiu perſeuerat, facit vt proprietate ſublata eundem habere videaris. Perſeuerat autem quandiu vllus noſtrum ſupereſt, cui vel à quo adcreſcere poſſit. Ponamus igitur te in proprietate tradenda vſumfructũ non deduxiſſe nec vſumfructum habere: nunquid eo minus pars ab alterutro noſtrum deficiens tibi pro dimidia adcreſcet? Certum eſt, inquam non eo minus adcreſcere: quia vſusfructus conſtitutus & poſtea amiſſus nihilominus ius adcreſcendi admittit, *vt in l. 1. §. interdum. ſup. l. interdum. 10. inf. eod. l. ſi Titio. 33. §. 1. ſup. tit. prox.* Quid ergo faciunt hæc verba *deducto vſufructu*, Inquis? Ea argumentatio interpretem iuris adhuc præſentem vt imperitum ſic audacem mouit vt ea verba delenda eſſe diceret. Sed

ret. Sed ſuſtinendum parumper inquam. Imprimis enim delenda quoque eſſent illa in fine, *nec videri nouum tibi acquiri vſumfructum.* Non poſſit enim non nouus eſſe poſtquam vllo modo amiſeris; cum iuris adcreſcendi ratio quæ eo caſu ſubiicitur, idipſum velit atque exprimat, quia cottidie vſusfructus conſtituitur & legatur. Qui cottidie conſtituitur & legatur, non cottidie nouus eſt? Itaque cenſeo ſi interpretes cum in proprietate dicunt non tam ius adcreſcendi eſſe quam ius non decreſcendi, verum dicerent; Idem etiam in vſufructu vero dicturos eſſe. In quo tamen demum ius adcreſcendi recte dici recipiunt. Sed quis exitus vel quam periculoſus huius libertatis vel arrogantiæ futurus eſt, ſi ſic liceat ad primam quamq; ſpeciem obiectionis leges decurtare vel obtrũcare? At Iugulum huius rei peto & vno verbo ſoluo omnes qui hoc loco hæſitant, tunc demum vſumfructum dici non portioni ſed perſonæ adcreſcere, cum ei adcreſcit qui portionem ſuam amiſit, idq; dici in ſubſidium eius quod proprietatis adcreſcendæ ſimile eſt, portionem portioni velut alluuionem adcreſcere: vſumfructum dum iuris eſt proprietati ſimilem eſſe vel contra dum proprietati ſimilis eſt, iuris eſſe in bonis videri; Idque primum eius & præcipuum eſſe: quod poſtquam conſumptum eſt nec tamen finitus vſusfructus, qui non finitur niſi certis modis, reliquum eſſe vt facto comparetur, vt ſit iuris naturalis, vt extra bona, vt perſonæ cohærere dicatur. Itaque & Papinianus *in dict. l. ſi Titio. 33. §. 1. ſup. tit. prox.* non abſciſſe negat vſumfructum partis effectum habere, ſed ait in quibuſdam caſibus non habere, puta in eo quē proponit, quo quis vſumfructum abſolutione rei vnde petebat, amiſerit; qui nihilominus agere poteſt de eo qui illi poſtea adcreuerit: quaſi alias ſæpius & prius quod ait Paul. *in l. 4. ſup. tit. prox.* vſusfructus partis dominii effectũ habeat & portio velut alluuio portioni adcreſcat; vt in hoc loco vbi poneris proprietatem deducto vſufructu tradidiſſe, vt id potius ſumatur in quo vſusfructus propius ad proprietatem accedat. Omnino quantum poſſumus, vſumfructum proprietati ſimilem facimus, neque vnquam à proprietatis rationibus diſcedimus niſi in quibus deſtituitur proprietatis qualitate. Sic *Vlp. in l. 1. §. penult. ſup.* vſumfructum cottidie conſtitui & legari adfert in eo demum iure adcreſcendi, quod ſuperſit poſt legatum vſusfructus admiſſum & vſumfructum amiſſum, quo tempore de-

Digitized by Google

mum vſusfructus legati dies cedere non poteſt ad modum proprietatis legatæ, cuius dies vtique ſemel cedit. Hic igitur vbi non deeſt quatenus vſumfructum proprietati ſimilem dicere poſſimus, non dicimus cottidie conſtitui vel legari aut nouum videri. Sic interpretem Caij qui apud Africanum extitit, ego apud Caium ipſum vappam & nebulonem oſtendo.

AD L. IDEM ET SI, 6.

HÆc lex aptari poteſt cum *l.3.in fin.* vbi ait Vlp. & ſi duobus vſusfructus legetur & apud alterum conſolidetur; Ius tamen adcreſcendi neque ei à cæteris neque cæteris ab eo perire, &c. veriſimile eſt enim poſtquā nihil alienum eſt ab eo loco & idem Vlpiani liber eſt ſeptimusdecimus ad Sabinum, nihil voluiſſe compoſitores detercre ex Vlpiano; ſed tantum quia interſeruerunt ex Iuliano in *l.4.* ſpeciem, vbi proprietate fundi vni legata, eidem & duobus aliis eiusdem fundi vſufructu legato partes concurſu fierent & ius adcreſcendi eſſet partis amiſſæ ad cæteras partes non amiſſas, perinde atque inter omnes æque fructuarios: deinde ex Caio in l. 5. adiecerunt non referre an is cui legata eſſet proprietas, eam alienauerit. Modo vſumfructum deduxerit, quia nihilominus parti eius adcreſceret: ideo ei proxime accommodaſſe id quod nunc ſequitur, ita vt quod ab Vlp. de duobus fructuariis dictum eſt, id de tribus dicerent. Pone igitur diuerſum à ſuperiori ſpecie, nulli legatam eſſe proprietatem quæ alij tradi poſſit à legatario. Vnde vſusfructus deductus ipſa deductione noue conſtitutus videri poſſit; ſed apud vnum legatariorum vſumfructum cum ſolidatum eſſe: Hæc ſententia compoſitorum eſt, vt nihilominus ſit illi ius adcreſcendi à cæteris & cæteris ab illo; eodemque modo hic per conſolidationem non extinctum eſſe vſumfructum, ſed eundem manere qui ante erat, ne videatur ei nouus per ius adcreſcendi acquiri vel vetus noue finiri, atque illic per deductionem à proprietate non videtur nouus qui deductus eſt. Certe eadem cauſa eſt, vt qui ab initio non minus vſusfructus fuit per ſe, quamuis fructuarius idem & proprietarius eſſet; idem videatur manere proprietate alienatas & contra qui ab initio ſine proprietate fuit, non deſinat, quamuis conſolidatus fuerit. Cuius totius rei cauſa nimirum à legatariorum coniunctione

ctione eſt, vti diximus. Ij enim omnes loco vnius ſunt, vt perinde apud vnum ſit vſusfructus atque apud omnes eſſet, & contra: ideoque ſatis ſit apud vnum à proprietate ſeparatum eſſe, quo apud omnes ſeparatus videatur: ne cæterorum caſus huic noceat, neu minus ei à cæteris ſit ius adcreſcendi quam cæteris ab illo. Sequitur deinceps in hac lege, *Sed ſi cui proprietas deducto vſufru. ctu legata ſit, & mihi vſusfructus, videndum erit*, &c. Hæc ſpecies nihil magnopere dignum quæſtione aut dubitatione habet. *Caio fundum Tuſculanum deducto vſufructu do lego.* Ex iſta ſpecie vſusfructus qui deductus eſt, in hæreditate remanet, vt in l. 6. in princ. ſupr. tit. prox. l. 4. infr. ſi vſusfr. petat. Sed adde ita, *eiusdem vſusfructus partem dimidiam Sempronio do lego.* Si Sempronius cum vllo concurrere poſſit, vnus eſt hæres quo cum poſſit. Cum Caio enim nudæ proprietatis legatario nimis certum eſt non poſſe, nec idem legatum aut partes concurſu factas eſſe. Atqui ne cum hærede quidem concurrere poteſt, tum quia ab initio pars vſusfructus Sempronio legata eſt, tum quia & ſi expreſſa non eſſet, non concurreret, ſed nomine legati præferretur, *l. legatum, 106. infr. de legat. 1. l. ſi Titius, 96. infr. de legat. 3.* Prior & poſterior concurrere non poſſunt: eum vero qui dat neceſſe eſt eo priorem videri qui accipit. Cæterum omnis legatarius accipere videtur ab hærede, *l. 1. §. item hæres, infra quand. de pecul. actio. ann.* Ergo legatarius nunquam cum hærede concurrit.

AD §. SI MIHI.

SI vſusfr. tibi ſub conditione legatus eſſet, nec alius quiſquam coniunctus: pendente conditione interim vſusfructus penes hæredem maneret. *l. ſi ſub conditione, 16. infr. quib. mod. vſusfr. amitt. l. non ideo, 66. ſupr. de rei vind. facit l. ſub conditione, 10. infr. de adſign. libert.* ſed legatum derogat hæreditati, vt ſpecies generi, vt paulo ſupra diximus. Vſusfructus igitur aut quippiam aliud (nihil enim vſusfructus proprium hic datur) vni pure, alteri ſub conditione legatum pendente conditione non penes alium eſt quam legatarium cui pure legatum eſt: quia ſolidum ei legatum eſt, quemadmodum & ſingulis quibus coniunctim legatum eſt, vt explicauimus in præfatione, *l. 4. infra ſi vſusfructus petat.* id proprium quidem eſt legato per vindicationem. Nam ſi per damnationem mihi pure, tibi

ſub

ſub conditione; idem eſt ac ſi vtriq; pure vel ſub conditione: cum in eo partes nunquam concurſu fiãt, ſed quod legato per vindicationem proprium eſt, reperire etiam licet in hereditate per fideicõmiſſum alii pure, alij ſub conditione reſtituenda ſi heres ſuſpectã dicat. In quo enim alio conſiſtere poſſet ea pars quæ ſub conditione reſtituenda eſt quam in eo cui pure, poſtquam non poteſt in herede qui ſuſpectam dicit? *l.* 1. §. *ſed & quotiens. l. ex aſſe.* 28. *inf. ad Se. Trebell.* Cæterum ex iſto loco per contrarium ſenſum adhuc elicitur id quod ſupra in præfatione excuſſimus, ſi vtriq; noſtrum coniunctim pure legatum ſit, partes ab initio fieri, nec poſſe vllum noſtri amplius parte ſua vindicare; quo magis dici poſſit partem eius qui repudiauit, ab eo adcreſcere ei qui non repudiauit. Nam ſi ideo totus vſuſf. ad me interim pertinet, quia ſub conditione tantum quę adhuc pendet, mihi in eo legato coniunctus es; certe videtur ſi etiam tibi pure legatus eſſet aut pure mihi coniunctus eſſes, non totum interim meum futurum, ſed ſtatim communicandum. Regula Catoniana vt diximus, huic differentiæ cauſam facit, quæ locum non habet in conditionalibus. *l. cætera* 41. §. 1. *inf. de legat.* 1. Ni ſtatim partes faceremus inter coniunctos quibus omnibus pure legatum eſt, legatum in ſingulis nullatenus retinere vnquam poſſemus, quod ſingulis totum ſtatim præſtari non poſſet, poſtquam teſtatoris voluntatem ita excipimus ne legatum multiplicare voluerit: hic vero vbi vni tantum pure legatum non ſtatim partes facimus, ſed quandoque extiterit condicio, *vt in l. ſi tibi.* 10. *inf. de legat.* 3. Et ita quoque ſi pluribus pure, vni vel pluribus ſub conditione; faciemus ab initio partes pro numero eorum quibus pure legatum eſt, donec condicio extiterit ſub qua aliis legatum ſit: qua exiſtente tandem partes multiplicabimus ex eorum cum prioribus numero, quaſi concurſu. Cæterum cum dicitur interim totum ad me pertinere, & ſi id eo ſpectat vt ſi conditio deficiat, non videatur pars mihi à te adcreuiſſe vel tibi decreuiſſe, quæ nunquam fuerit, cuius dies apud me ceſſerit, apud te nunquam; non tamen eo dicendum eſt ſi conditio exiſtat, tibi partem à me adcreſcere, qui partem non ante habueris cui parti adcreſcat, vt nec mihi decreſcere; ſed modo certum fieri eam partem me non habuiſſe: quia à primo legato quod purum mihi de toto fuit, poſtquam conditio extiterit, diſcedimus ad duo legata, quaſi æque pura, & legatũ diuidi-

diuidimus in duas partes quaſi ab initio factas: denique conditionis euentum retrahimus ad mortem teſtatoris, ne tu minus à teſtatore vel hereditate legatum videaris accipere quamuis conditionale quam ego purum. *l. in eo 33. inf. de acq. rer. dom. l. peculium. 65. §. vlt. infr. de leg. 2. l. quidam hæredem, 19. infra de manumiſſ. teſt. l. inuitus, 34. §. vlt. infr. de fideicom. lib. l. Titio. 96. §. 1. inf. de condic. & dem.* Alioquin à me legatario videretur tibi legatum eſſe, quod iuris ciuilis ratio non patitur. *Vlp. tit. 24. reg. à legatario.* Suſpenditur legatum non de parte quidem mea quæ pura eſt, ſed de altera quæ non pure tua vel mea, ſed tua ſi conditio exiſtat, mea vero ſi cõdicio deficiat. Hoc dico inuitis quidem interpretibus, qui conditionem in teſtamentis non retrahi tuentur: ſed non inuita, imo lubentiſſima iuriſprud. Totum dicitur interim meum eſſe, non male: ſiquidem & totũ mihi legatum eſt cuius pars nondum mihi adempta eſt, quæ ſub eadem conditione adempta videtur ſub qua totum tibi legatum eſt, Te nondum accipere queunte nondum concurrente aut partem faciente, quia nondum tui legati conditio extitit; Interim & ſi non certe ſum totius legati dominus, ſum tamen certius quam aut hæres propter derogationem legati aut tu propter conditionem quæ pendet. Itaque fructus meos totius legati interim facio, vt bonæ fidei poſſeſſor, quos non facerem ſi vtrique noſtrum pure legatum eſſet, *dict. l. ex aſſe. 28. inf. ad Se. Trebel. l. bonæ fidei, 48. infr. de acqu. rer dom. l. ex libro 15. in fin. infr. de quæſtion. l. per ſeruum, 32. ſup. de hæred. pet. l. 5. inf. de leg. commiſſ.* Amplius, ſi interim vſumfructum amittam dum totus meus eſt, quia nondum coniunctus es, ideo ius omne legati amittam, mihi vſusfructus finietur, id eſt ius adcreſcendi tecum non habebo, quamuis tui legati conditio poſtea extiterit, totusque vſusfructus tuus futurus eſt & à te quandoque amiſeris, ad proprietatem rediturus. *Hic & dict. l. ſi ſub conditione, 16. cum l. ſequ. inf. quib. mod. vſusfr amitt.* Quo magis ac magis elucet noſtra ratio, vi coniunctionis & partium indiuiſarum & iure adcreſcendi legatum ſuſtineri & retineri in pluribus vt in vno, & in vno vt in pluribus: contra interpretes qui ius non decreſcendi introducunt ab eo quod totum ſingulis legatum eſt; vt legatarius totum quamuis purum interim habeat dum cæteri deliberant. Sic ius adcreſcendi quod & nos & illi, vt ſeruemus, tantopere nitimur, plane euertunt; cum ideo hoc loco ius omne legati vſusfructus

Digitized by Google

amittam, quod vſumfructum amittam dum totus meus eſt, vel antequã ad te pertineat. Itaq; cenſeo tum ex hoc loco per contrariũ ſenſum tum ex ſuperiorib. verius eſſe vt partes ab initio fiant inter coniunctos quibus pure legatum ſit; ſed eæ indiuiſæ ſint, id eſt intellectu magis fiãt quam corpore, vt quæque ad quanque redire & totum priſtinum reſtituere rurſusq; à toto diuidi poſſit dum vſusfructus manet: ne inter duos & plures coniunctos finiatur vſusfructus ei qui amiſerit, iusue adcreſcendi pereat, quamuis totum iure adcreſcendi vnus per cæterorum amiſſionem habere cœperit; quaſi omnes qui adhuc capere poſſunt, id eſt ſuperſtites & ciues Rom. vel ciuium Rom. ſerui, partes ſuas retinere adhuc videantur. Sequitur in fine, *Cæterum cum in meo ſtatu maneo, communicandum vſumfr.* Id eſt quod dicimus, legatum tunc demum ex concurſu diuidendum in duas partes quaſi ab initio factas vt inter coniunctos.

Antequam miſſum faciam hunc §. libens ſumo explicandam *l. mulieri* 74. *de condit. & demonſtr.* arrepta occaſione ex iſta ſpecie vbi mihi vſusfructus fundi purè, tibi ſub conditione legatus eſt. Nam etſi in *dict. l. mulieri* ſpecies ſit de vſufructu mulieri & Titio ſi non nupſerit mulier, id eſt, vtrique ſub conditione relicto, ideo tamen dici poteſt vt in hoc loco mulieri pure, Titio ſub conditione ſi non nupſerit mulier, relictã eſſe: quia conditio mulieri remittitur non Titio, *l. 1. Cod. de indict. viduit. l. 2. §. tractari. ad SCtm Tertyll. l. cũ ita legatum. 63. cum l. ſeq. de condit. & demonſtr.* Quare vel ille locus huic vel hic illi obiici poteſt, quod in ſimili ſpecie non idem iuris vtrobique ſeruetur. *Sic poteſt dici totius fundi vſumfructum interim ad me pertinere inquit Vlp. illic, quandiu Titius viuet & in eo ſtatu erit, partem vſusfructus habebit mulier,* inquit Papin. Sed rationem differentiæ continuo ſubiicit Papin. *tantum enim beneficio legis ex legato conceſſum eſſe mulieri intelligendum eſt quantum haberet ſi conditioni paruiſſet.* In hac ſpecie nihil mihi lex conceſſit, ſed teſtator tantum mihi pure vſumfructum legauit. Itaque ea non præſcribit modum legato meo: quin quandiu legatum ad te non pertinet, ſinit totum meum eſſe ex natura ipſius legati: Illic vero mulieris legato modum præſcribit ab eo quod mulier habitura eſſet ſi conditioni paruiſſet: vt per quam legem factum eſt ne mulier conditionem impleret, ea lex id ei repræſentaret quod habitura eſſet ſi conditionem impleuiſſet, non amplius imo etiam nec minus vt

conſtat

conſtat ex *l.quotiens 22.de condit.& demonſtr.* vbi non reſtituit fideicōmiſſum à ſe relictum ſi nubat, quando nupſit vt legi pareret &c. Ratio apertiſſima, quæ probatur amplius *l.is qui 44. Ex quib. cauſ.maior. l.ex parte 39. in princip. fam. erciſc. l. cum duobus 52. §. quidem. pro ſoc. l. ſi quis ſeruum 23. de action.empt.l.4.§.vlt.de leg.Rhod.de iact.l.7.ſi quid in fraud.patron.* Sed cur ait mulierem partem habituram quandiu Titius viuit & in eodem ſtatu erit? Nunquid is innuit Titium alteram partem habiturum quæ ab eo mulieri adcreſcere poſſet ſi moriatur vel capite minuatur. Imo hoc non vult inquam: nec vlla ratio eſt quæ conditione deficiente Titio vſumfructum nihilominus adiudicat. Nam etſi per mulierem dum nupſit factum ſit ne is partem vſusfructus habeat, id tamen mulieri non imputatur, nec tam eius factum videtur quam legis quæ onere conditionis implendæ eam liberauit, adeo vt nihil in fraudem Titij ea fecerit, ſed tantum iure ſuo vſa ſit, *l. Proculus 26. de damn.infect.l.3.§. quod ait de incend. ruin. naufr. l. iniuriarum, 13. §. primo, de iniur. l. nullus videtur, 55. de regulis iuris.* Idque eo magis apparet quod lucrum nullum ex ſuis nuptiis faciat. Alias dicitur cum per eum cuius intereſt ne conditio impleatur, ſtat, quominus impleatur, pro impleta eam haberi. Sed hoc loco inquam, mulieris non intereſt ne conditio impleatur, cum id ipſum caueatur, ne amplius quam partem habeat, ſi legi potius paruerit quam conditioni. Nam ſi conditioni paruiſſet non minus haberet. Non igitur quod Titius partem habeat, dicitur mulierem non amplius quam partem habere, vel non ideo dicendum eſt eum habere quod ea partem tantum habeat, ſed qua ratione ait Papinianus : *Tantum enim beneficio legis,* &c. Quæ ratio abundaret ſi Titius partem ſuam haberet. *Nec ſi Titius qui conditione defectus eſt legatum repudiet, ea res mulieri proderit,* inquit ibi Papinianus : Quorſum id conditione defectum eſſe, niſi vt excludatur ? hoc dicit, quaſi quo caſu Titius non repudiauerit, grauius ei futurum ſit mulierem totum vſumfructum habere, quia Titio partem ſuam videretur eripuiſſe. Papinianus igitur vult quamuis Titius repudiauerit (quo caſu minus ei inuidioſum fuerit mulierem totum habere) non amplius tamen quam partem habere, ne ſcilicet plus habeat quam haberet ſi conditioni paruiſſet: lex enim noluit amplius concedere.

Digitized by Google

Qua Papinian.ſententia magis ac magis conſtat Titium conditione defectum nihil de legato capere: alioquin non video quo pertineat quod Papin.ponit, fruſtra enim repudiatur legatum cuius conditio deficit, *l.ſi ita ſit 45.§.1.de legat.2.l.1.§.quod ait prætor.quod legator. l. is qui hæres 13. de acq. hæred.* Sed quæro amplius cur igitur Papin. dicat, *quamdiu Titius viuet & in eodem ſtatu erit?* ideo inquam, quia intelligit quamuis Titius partem non habeat, partem tamen facere atq; ita obſeruari ius ab eo adcreſcendi ac ſi haberet. Si Titius mortuus vel capite minutus ſit partem quæ hactenus in hæreditate fuit veluti à Titio mulieri adcreſcere. Quamuis Titius nihil habeat quia conditione defectus eſt: ei tamen imputari quaſi partem habenti idq; non tam eius quam mulieres gratia, vt ei adcreſcere poſſit eodem caſu quo adcreſceret ſi Titius partem haberet aut conditioni paritum eſſet, ne alioquin lex quæ conditionem ſi non nupſerit mulieri remiſit & ſic auctor fuit, vt ea nuberet, plus illi damni adferat quam commodi, dum ei ius adcreſcendi à Titio auferret, quo totam vtique habere poſſet ſi conditioni paruiſſet, partem vero tantum concederet, quam etiam eodem caſu non minus habitura eſſet, *facit l.1. Cod. Theod de leg.hæred.& d.l.quotiens,* quæ propterea vult mulierem non teneri de fideicommiſſo, ne minus habeat quam ſi non nupſiſſet, quæ ſi non nupſiſſet fideicommiſſum ab ea relictum non erat: vt quemadmodum ſi non nupſiſſet legatum ei erat ſine onere, ita ſine onere habeat, etiamſi nupſerit, quia nupſerit tantum ex præcepto legis. Denique qua ratione diximus, tenetur lex, quæ propter bonum publicum mulieri conditionem remiſit, eodem loco omnia ei ſeruare quo eſſent ſi mulier conditioni paruiſſet. Nec nouum eſt vt ſic reditus ſit ad ius antiquum, quaſi iure poſtliminij, poſtquam iuri nouo ſatisfactum eſt, *l.2.§.ſi mater hæreditatem ad SCtm.Tertyl.l.6.in princip.de rer.diuiſ.l.ſeruum filij 44.in pri. de legat. 1. l. qui res 98. §. rem autem de ſolut. l.1.2.9. l.filiusf.14.l.penult.§. pater de Caſt. pecul.* Sic habita ratione legis quæ mulieri conditionem remiſit, ita tamen vt id neque ei damno neque alij lucro ſit, perinde eſt in *d. l. mulieri,* ac ſi pure legatus ſit vſusfructus mulieri & Titio vel conditio ſub qua legatus ſit extiterit: tum vterq; legatum admiſerit, ſed poſtea Titius mortuus vel capite minutus ſit, vnde pars eius mulieri adcreuerit, notum eſt qua vi id fiat ex *l.1.§.interdum ſupra eod.*

Ad

Ad L. Si quis. 7.

VBi res altera principalis eſt, altera eius acceſſio, intereſt quomodo legatum ſit. Si ſeruus cum peculio legatus fuerit, ſeruo mortuo vel manumiſſo vel alienato antequam dies legati cedat, etiam peculij legatum extinguitur, quia vnum legatum eſt, non contra extincto peculio legatum ſerui extinguitur. Idem eſt ſi fundus inſtructus vel cum inſtrumento legatus fuerit, nam fundo alienato, & inſtrumenti legatum extinguitur; non contra. Si vero ita, *Stichum & eius peculium, fundum & eius inſtrumentum do lego*; plura legata ſunt, quorum alterutro extincto, non etiam extinguitur alterum §. *ſi quis ancillas inſt. de leg. l.1. & 5. de fund. inſtr. & inſtr. leg. l.1. & 2. inf. de pecul. leg. l.4. inf. de pen. leg.* Qualis differentia nulla eſt ſi nihil ſit principale aut acceſſio, ſed æque vtrumque per ſe conſiſtat, vt in ancilla & eius natis, in ſeruo ordinario & eius vicariis. Itaque ibi non refert ſic, *Ancillas & eius natos, ordinarium & eius vicarios*; an ſic. *Ancillas cum ſuis natis, ordinarium cum ſuis vicariis* quis legauerit: cum & ſi ancilla vel ordinarius mortuus vel manumiſſus fuerit, nati vel vicarii in legato remaneant. *d. §. ſi quis ancillas. l. ſi ancillā. 62. cum l. ſeq. inf. de legat. 1. l. 3. & 4. inf. de pecul. leg.* Et ita ſeruandum eſt quoque inter legatarios, ne quicquam interſit vtrum ſic legauerit quis, *Attio & Seio & hæredibus meis*, an *Attio & Seio cum hæredibus meis*: quia legatarii non ſunt alter alteri principale vel acceſſio, ſed omnes æquales, qui ideo concurrunt. Concurſus enim æqualium ſeu æque principalium proprius eſt. *Hic & l. illi. 40. infra de vſufr. leg. l. ſi ſeruo. 31. inf. de ſtatul. l. Titia. 36. §. 1. l. ſi quis inquilinos. 112. § ſi ita. l. ſi quis legauerit. 121. infra de legat. 1.* In rebus legatis quarum altera alteri principale vel acceſſio eſt, non alia videtur ratio quam quod teſtator iſto modo *Seruum cum peculio, fundum cum inſtrumento*; videtur ſecutus conceſſionem ſuam peculii ſeruo factam, vel deſtinationem animi ſui de inſtrumento ad fundum applicando & coniungendo: iſto vero, *Seruū & eius peculiū, fundum & eius inſtrumentum*; videtur oēs res in æquo poſuiſſe & ius naturale ſecutus eſſe, quo niſi in corporibus quæ vno ſpiritu continentur vel cohærentibus inter ſe partibus conſtant, nihil alterum alteri principale acceſſiove eſt, ſed omnia æque per ſe conſiſtunt atque æquali iure ſunt. In perſonis vero ſiue legatis ſiue legatariis nihil principale.

Digitized by Google

cipale aut acceſſio ſeu iure naturali quo omnes homines à ſe inter ſe diuiſi & æquales ſunt, ſeu iure gentium quo ancilla & eius nati æque ſerui. Vicarius quominus acceſſio ſit ordinarii, forte eadem ratio eſt atque qua olim viſum eſt durum vt homo in fructu hominis eſſet: cui non pugnat quod peculium, in quo vicarius eſſe poteſt, ſeruo accedat. Accedit enim ſeruus ſic tantum per conſequentiam peculii, non nomine ſuo. Alioquin non video cur minus vicarius ordinario accedere poſſit quam peculium ſeruo aut patrimonium patri. Sic apparet nihil intereſſe vtrum ita quis legauerit. *Attio & Seio cum hæredibus meis*, an *Attio & Seio & hæredibus meis*: *Mulieri cum liberis ſuis, ordinario cum vicariis*; an *mulieri & liberis, ordinario & vicariis*, vt in l. ſeq. Ad reliquam huius quod faciat etiam ad ſequentis explicationem, ſupereſt quæſtio quatenus hæredibus legari poſſit. Poteſt quidem cuique pro cæterorum partibus, non autem hæredi ex aſſe aut cuiquam pro ſua parte, niſi quod iudicio famil. erciſcundæ etiam pro ſua parte res legata ei adiudicanda eſt, alia aliis viciſſim adiudicanda vel pro eo in æſtimationem eius condemnatione facienda. *l. 4. inf. famil. erciſc. l. qui filiab.* 17. §. *vlt. cum l. ſeq. l. ſeruum vni 67. inf. de legat.* 1. Sed nunquid per coniunctionem cum aliis legatariis non hæredibus, vni hæredum amplius legari poteſt, vt iure adcreſcendi partes collegatariorum ad eum pertinere poſſint? pone ei qui ex parte dimidia hæres inſtitutus eſt, & duobus extraneis legatum eſſe fundum; ſi vnus vel ambo extranei repudient, nunquid eorum trientes adcreſcent hæredi, adeo vt totum fundum habere poſſit qui ſiue collegatariis dimidiam tantum à coherede vindicare poſſit? minime vero, inquam.

Concurrent quidem omnes in id legatum quod hæredi vtiliter relictum eſt, idque ex æquis partibus inter eos diuidetur; puta in tres ſextãtes ſi nemo repudiet: nec deerit ius adcreſcendi, quiſquis repudiauerit, ſiue ab hærede ſiue hæredi. At non concurrent in id quod inutiliter hæredi à ſe ipſo legatum eſt, id eſt in ſemiſſem fundi; quem propterea totum extranei ab ipſo vindicabunt. De eo igitur erit quidem inter ipſos extraneos ius adcreſcendi quia concurrunt: ſed ſi ambo repudiauerint non iure adcreſcendi aut nomine legati, ſed nomine hæreditario apud hæredem remanebit. *l. plane.* 34. §. *ſi duobus. l. legatum.* 116. §. 1. *infra de le-*

de legat. 1. Rationem explicauimus *in leg.* 1. §. *vlt.* & *l.* 6. §. *ſed ſi cui. ſupr.* Quid ſi vtrique hæredi cum duobus extraneis fundus legatus ſit? Superioribus conſequens videtur extraneos cum ſingulis hæredibus concurrere in eo tantum legato quod valeat, id eſt quod cuique à cohærede relictum ſit; non autem in eo quod ſibi à ſeipſo. In eo enim ſoli extranei concurrere poſſunt, quibus ſolis legatum valet: itaque vter hæredum repudiet ſuum ſextantem, nihil de eo adcreſcere alteri coheredi à quo relictum eſt; ſed extraneis tantum, qui ideo ſinguli ſingulos quadrantes totius fundi ab eo vindicaturi ſint: vter vero extraneorum ſuum trientem, vnum ſextantem alteri extraneo adcreſcere, alterum vtrique hæredi, id eſt ſingulis ſingulas vncias; vt qui ſextantes tantum ante habebant, quadrantes habere incipiant. Pone ſi vis propius ſpeciem huius legis. Attio & hæredibus ipſis teſtatoris legatum eſſe fundum; ſic dixeris Attium à ſingulis hæredibus primum totam partem vindicaturum quæ à ſeipſis inutiliter relicta eſt, deinde amplius cum vnoquoque concurſurum in ea quæ cuique à cohærede: at hæc legati diſtributio quam aliena eſt ab ea quam Paulus hic tradit, vbi vniuerſis hæredibus vnam tantum partem adſcribit? Neſcio an interpretes hanc quæſtionem vnquam viderint: certe nuſquam explicant. Atqui hæc vna eſt quam ſtudet Paul. in hac lege decidere. Aliud eſt, inquam, hæredibus nominatim legare, puta ſic *Luc. Titio*, aliud vniuerſis, puta ſic, *hæredi vel hæredibus*. Cum ſingulis ſeu nominatim hæredi vel hæredibus legatum eſt coniunctim cum aliis extraneis, ij omnes concurſu partes æquales auferunt; ſed hæredes auferunt de legato tantum quod hæredi vel hæredibus vtiliter relictum eſt, id eſt relictum à cohæredibus. In eo enim tantum concurrunt cum legatariis extraneis, vt diximus. Et ita in priori exemplo quo poſuimus ei qui ex parte dimidia hæres inſtitutus eſt, & duobus extraneis legatum eſſe fundum. Is enim nudo nomine hæredis ſeorſum ab altero hærede deſignari non potuit, ſed proprio demum vel omnino demonſtratione quæ ei ſoli conueniret. Et Vlp. in dict. l. plane. §. ſi duobus. *Si duobus ſit legatum quorum alter inſtitutus ſit*, inquit. Duobus, id eſt ſingulis ſeu nominatim, vt in regula de iure adcreſcendi. Alioquin non haberes vtrum ex duobus legatariis hæredem inſtitutum intelligeres.

Et

Et Florentin.in d. l. legatum. §. *1. Si fundus legatus ſit ei qui ex parte dimidia heres inſtitutus eſt*,inquit. Hæc certæ præter cæteros heredes perſonæ demonſtratio eſt.Et Caius in l.ſeruus vni.67.§.1.eod.*Si ex pluribus heredibus ex diſparibus partibus inſtitutis, duobus eadem res legata ſit, heredes non pro hereditaria ſed pro virili id legatum habere debent*, inquit. facit *l.5.§.1.inf.de re Iudic. l.qui pecuniam.22 inf.de ſtatulib.l qui complures.32.inf. de vul.& pup.* Sic heredes cum extraneis vt extranei,qui non hereditario aut cõmuni ſed proprio quiſque nomine coniunguntur, ſinguli cum ſingulis extraneis cõcurrunt;de qua coniunctione hic Paulus non agit;cum vero non nominatim legatum eſt huic vel illi heredi, id eſt non ſingulis ſed vniuerſis,vt in hac ſpecie *Attio & heredibus*: non concurrunt ſinguli heredes cum extraneis, ſed vniuerſi tantum, id eſt omnes pro vno accipiuntur vnamq; tantum partem vniuerſi accipiunt,quæ poſtea pro partibus hæreditariis inter eos diuiditur perinde ac ſi hereditati relictum eſſet: *l.2. infra de reb. dub.l.turpia 54.§.vlt.d.l.ſeruus vni 67.§.1.l.ſi hæredes.*124.*inf.de legat.1.*ita vt ſi quis eorum partem ſuam repudiet; ea non iure adcreſcendi ad cæteros pertineat,ſed vno & communi iure vniuerſitatis, quod ius in vnoquoque qui legatum admittat,ſeruari & retineri poteſt, vt pluribus diximus in præfatione & ita quoque inter liberos. In l.ſequ. ſuperiori coniunctione prius deducendum eſt id quod hæredibus inutiliter relictum eſt, idque totum extraneis concedendum;quia hæredibus exuenda eſt prius perſona hæredum quam ſumenda legatariorum: in iſta vero nihil prius deducendum eſt, quia hæredibus nomine ipſo heredum relictum eſt, quod ideo diuiditur pro partibus hæreditariis: nec tamen eo videtur cuiquam à ſeipſo legari; quia vniuerſi quibus legatum eſt, non ſunt ſinguli qui hæredes inſtituti ſunt. Sed dices nunquid perinde eſt vniuerſis hæredibus legari ab vniuerſis, atque hæredibus à ſeipſis? Perinde eſt quidem,inquam,ſed tamen non expreſſum eſt cui à quo legatum ſit, ac proinde non nocet à ſeipſis legatum videri; quia non expreſſa non nocent. Amplius fateor alias nullum fore legatum quod vniuerſis hæredibus ab ipſis vniuerſis relictum ſit,perinde atque à ſeipſis relictum. Quo enim nomen legati aut legatarii in herede cui nomen ipſum hæredis per ſe ad omnia ſufficit.*l.ſi ita quis.74. inf. de hæred. inſtit.* Sed aliis legatariis coniunctis, quorum ratione legatum ab hæreditate ſeparatum

ſit &

ſit & valeat; in hæredibus quoque legatum non inutile eſt; vt de eo legato quod & ſine ipſis non minus valeret nec ſolo nomine hæredum habituri ſunt, partem cum collegatariis ſeu nomine collegat. capere poſſint, quemadmodum diximus inter legatarios alterum proprietatis alterum vſusfructus. Denique quemadmodum ſingulis hæredibus legatum valet pro cæterorum cohæredum partibus, quia alioquin id ſinguli hæredes non habituri eſſent: ita hoc loco vniuerſis hæredibus relictum pro cæterorum collegatariorum legati partibus. Itaq; dum ſupereſt extraneorum aliquis qui partem ſuam non repudiet, cui cæteræ omnium partes adcreſcere poſſint; poſſunt & hæredes ſuas partes repudiare: ſi vero omnes extranei repudient, neceſſe eſt totum ad hæredes pro hæreditariis partibus non iure adcreſcendi, quod irrito legato vtique finitum quoque eſt, ſed iure hæreditario redire. Iſtorum nihil non conuenit huic loco aut ad legatum vſusfructus transferri poteſt, addas modo ea quæ de iure adcreſcendi eius propria ſunt.

AD L. Si mulieri 8.

PRINCIPIVM huius legis facile eſt ex his quæ ad ſuperiorem diximus: videamus cætera, quæ certe plena ſunt apicibus iuris. *Nam & Iul. libro* 30. *digeſt. ait idem intelligendum in eo qui ſolos libros hæredes ſcripſerit*, & cæt. Rationem ſuperiorum profert ex eo quod amplius dixit Iulianus. Sic enim plerunque ICti. minus & facilius probant ex eo quod in eodem genere maius & difficilius. *l. nec non.* 28. §. *vlt. ſup. ex quib. cauſſ. maior. l. Caius.* 11. *inf. de vſu. l.* 1. §. *is autem. inf. de ſuperfic. l.* 4. §. *ſi quis pupillo. inf. de dol. mal. except.* Sic etiam cenſeo *in l. filius.* 16. *in fin. inf. qui teſtam. fac. poſſ.* Supra de iure adcreſcendi locutus eſt inter ſolos legatarios, *Si mulieri cum liberis ſuis vſusfructus legetur*, inquit. Quos inter ita coniunctos conſtat ius adcreſcendi eſſe: hic vero inter matrem legatariam & liberos eius, hæredes à teſtatore ſcriptos, quos inter non ita conſtat: quia legatarij cum hæredibus non concurrunt, non concurſu partes inter ſe faciunt. Illo *ſolos*, oſtendit Vlp. ſe ex ſuperiori ſpecie retinere, vt mater ſit tantum legataria. Diximus quidem ſi quis Attio & Seio & hæredibus ſuis vſumfructum legauerit, legatum hæredibus conſiſtere & ius ei cum Attio & Seio adcreſcendi eſſe: ſed hoc loco amplius dicit Vlp. ex Iulian. *licet non vt*

legatarios eos nominauerit, inquit, *ſed vt oſtenderet magis velle ſe matrem ita frui vt liberos ſecum habeat fruentes*: puta ſic, *Primus & Secundus hæredes ſunto, omnium bonorum meorum vſumfructum Tertiæ eorum matri do lego, ita vt cum liberis ipſis ſuis vtatur fruatur*. Sic non nominatim legauit vſumfr. etiam Primo & ſecundo: quibus tamen non eo minus, imo magis neceſſe erat legari quod hæredes inſtituti eſſent. Nam hęredis inſtitutio non facit quo magis ſed quominus legatum ſpeciale videatur. Certe multum mihi præſtiterit qui dictum Iuliani iuris ratione defendere potuerit. Hæc verba, *Tertiæ Primi & Secundi matri vſumfructum do lego, ita vt liberos ſecum habeat fruentes*, in liberis directa non ſunt nec legatum facere poſſunt, ex quibus iſto pandectarum iure ne actio quidem vlla liberis datur aduerſus matrem, quia ne fideicommiſſum quidem faciunt verba ſunt modalia, ex quibus ante conſtitutionem Gordiani *in l. 2. C. de his quæ ſub mod.* nulla actio perſecutiove fuit; quæ nihil aliud quam condicionem fecerunt. *l. 1. eod l Luc. Titius.* 88. §. *quiſquis.* 3. *inf. de legat. 2. leg. ſi tibi.* 19. *infra de legat.* 3 *l. Titio centum* 71. §. 1. *l. libertis.* 108. *inf. de condic. & demonſt. leg cum in teſtamento.* 48. *inf. de fideic. libert. facit l. ſiquis. ſub* 8. *inf. ſiquis omiſſ. cauſſ. teſtam* Quæ ad fideicommiſſum ſatis non fuerunt, quomodo ad legatum ſatis eſſe potuerunt? Legato quidem non opus eſt vt vſusfructus quem mater amiſerit ad liberos pertinere poſſit: ſed ita non iure adcreſcendi vel iure legati pertinebit, & contra liberis amiſſis vel capite minutis nullo modo eorum pars ad matrem pertinebit. Hæc contra Iulianum quis dicere poſſit, quominus ad iuris rationem & regulam hanc deciſionem exegiſſe videatur. Non puto tamen Iulianum tantum auctorem tamque iuris antiqui religioſum quicquam ita dixiſſe vt de ſummo iure & ratione adcreſcendi concederet: ſed magis pro legatariis & liberos hoc loco habendos eſſe, vt inter eos & matrem promiſcuum atque æquale ſit ius adcreſcendi, quaſi hæc verba, *Ita vt liberos ſecum habeat fruentes* illis prioribus inſint quibus legatus fuerit vſusfructus matri, *Omnium bonorum meorum vſumfructum Tertiæ eorum matri do lego*. id eſt præcedere videantur, perinde ac ſi dixiſſet *Tertiæ cum Primo & Secundo eius liberis hæredibus meis vſumfructum do lego.* Sic argumentor, ſi in ſtipulationibus dicitur pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe credi, *l. lect.* 40. *de reb. cred. l petens* 27. *cod. de pact.* cur non & hic dicamus iſta verba

Ita

Ita vt liberos ſecum habeat fruentes, quæ ſtatim ſubſecuta ſunt, legato vſusfr. credi ineſſe. Sic enim legatum ſtrictæ formæ eſt vt ſtipulatio, *facit. l. libertis 108. inſ. de condit. & dem:on.* Quod ſiquis obiiciat, quare igitur non ſic inter omnes interpretamur? Quia deeſt neceſſitudinis cauſſa, quæ hic Iulianũ & Vlpianum mouit inquam. Certum eſt ſic in ſtipulationibus interpretari, quaſi poſt pactũ ſtipulatio repetita & alia contracta ſit. *l. 1. §. ſi quis ſimpliciter. in fi. inſ. de verb. obl.* Et repetitionem legati ſtricto iure in hac ſpecie neceſſariam fuiſſe colligi poteſt *ex l. quid ergo 53. in pr. inſ. de legat. 1.* Sed hoc Iulianus & Vlpianus perſonarum neceſſitudini condonant vt repetitione opus non fuerit. Quidui vero ita interpretemur propter neceſſitudinem matris & liberum inter ſe? cum in huiuſmodi ſpecie, *Stichus ſi rationes reddiderit, cũ ſua contubernali liber eſto*, propter neceſſitudinem quæ eſt inter Stichum & eius contubernalem, omnino diſcedatur à natura coniunctionis & contubernalis pure manumiſſa habeatur; quaſi coniunctio non ad coniungendam conditionem, ſed ad demonſtrandam neceſſitudinem pertineat? *l. Iulius Paul. 81. infra de condic & dem.* Plus ibi videtur Paulus concedere, qui contra quam ſignificat coniunctio, interpretatur; quam hic Iulianus, qui coniunctionem vſque ad legati repetitionem extendit. Huc facit. *l. penult inf. de ſeruit. leg. l. cum alienam.* 10. *cod. de legat. l. 4. cod. Theod. de donat. l. vxorem.* 41. § *codicillis. infra de legat.* 3. *l. liberorum* 220. §. 1. *inf. de verb ſign.* Paul. lib. ſent. 4. tit. 1. ſent filio. *Sed & Pomponius quærit, quid ſi mixti fuerint liberi & extranei hæredes*, Inquit Vlp. & cæt. non ſolos matris liberos hæredes ſcripſerit teſtator, ſed tamen cum illis non matrem ſed extraneos ſcripſerit: an igitur quod liberos non vt legatarios nominauerit, vt ſupra, ideo minus vel magis legatarios vel hæredes intelligere debeamus? Si vt legatarios, ius adcreſcendi quoque admittimus; ſi vt hæredes, excludimus. Vlpianus ex Pomp. ait legatarios tum etiam intelligendos. Non difficilis eſt quidem ratio cur liberi matris ſic excludant cohæredes extraneos, quia ſcilicet eorum coniunctio cum matre, vt ſpecialior, derogat hæredum coniunctioni: ſed difficilius & forte maioris momenti eſt ſcire cur Vlpianus hic nolit matrem etiam hæredem inſtitutam eſſe, cum dubium non ſit quin hæredibus quoque legata valeant à ſe inuicem relicta: tantum pro parte cuiuſque hæreditaria cuique ipſi non valeant. Compe-

rior legatum præceptionis non facere ad propoſitum, quod eſt de iure adcreſcendi, inquam, ideoque toto hoc titulo ab eo legato abſtineri: idque facile eſt ex eo colligere quod ſiue vniuerſis legatum ſit non mixtis extraneis, ne legatum quidem valeat quod legetur cuique pro parte hæreditaria, id eſt ſibi à ſeipſo; ſiue ſingulis & nominatim, quod ad ius adcreſcendi neceſſe eſt, valeat tantum apud quenque hæredem pro parte cohæredis. Apud quem vero legatum ab initio non valuit, quia hæredi à ſeipſo legatum eſt, ad eundem poterit idem ab eo apud quem valuit, quia non à ſeipſo legatum eſt, repudiatum iure adcreſcendi, quod eſt iure legati, redire? hæc tota Vlpiani hoc loco cautio fuit, quam ſatis ſcio quam nemo hactenus animaduerterit. *Et per contrarium ſi voluerit eos liberos ſimul cum matre frui, debere dici matrem legatariam eſſe intelligendam, & per omnia ſimilem eſſe & in hoc caſu iuris euentum.* Hic ponendum eſt liberis qui hæredes ſcripti ſunt, legatum eſſe vſumfructum, ita vt eum matre fruantur; non etiam matri nominatim legatum eſſe: quo tamen caſu nihilominus vult legatariam intelligendam eſſe quam in ſuperiori liberos legatarios, propter matris cum liberis ſimilem ſuperioris liberorum cum matre coniunctionem, quæ cohæret & in continenti appoſita eſt legato expreſſo. In ſuperiori minus dubium erat liberos pro legatariis habendos eſſe, propterea quod ita colligeretur ex legato matris quod præceſſiſſet: hic vero maior dubitandi cauſa erat, vbi colligitur legatum matris quod præcedit, ex legato filiorum quod ſequitur. Non videtur legatum matris colligi poſſe ex legato liberorum, niſi legatum liberorum prius ſit. Hæredibus legari non poteſt vſusfructus aut quicquam aliud, niſi ſint & alij legatarij fructuarij, priores quorum ratione & heredibus legari poſſit, vt ſupra diximus. hic vero legatum liberorum non poteſt prius eſſe, quod legati matris acceſſio eſt, quale vtique ſine legato matris eſſe non poteſt. Sed dicendum eſt coniunctione ipſa orationis ita coniungi legata, vt neutrum ſit prius aut poſterius, principale aut acceſſio, *l. quidam, 14. inf. de pecul. legat.* vel ſi prius liberorum eſt quod poſterius eſſe debet, id valere vt poſt legatum matris illico repetitum. Sic per omnia ſimilis erit & in hoc caſu iuris euentus; qui certe non ſimilis futurus eſſet ſi liberi ita hæredes ſcripti eſſent, vt cum matre vterentur fruerentur: cum ex eo ſatis eſſet colligi matrem eſſe legatariam non etiam.

iam liberos legatarios. Et vereor vt ne legataria quidem intelligeretur mater. Non enim ſi legatum ex coniunctione ad legatum facta intelligi poteſt propter ſimilitudinem legati ad legatum, poteſt etiam ex coniunctione ad hæredis inſtitutionem quæ plane diuerſa eſt ſpecies à legato. Itaque ea verba: *Primus & ſecundus hæredes ſunto, ita vt cum matre tertia omnibus bonis vtantur fruantur*, hoc pandectarum iure non inſtitutionem & legatum, aut fideicommiſſum faciunt, ſed inſtitutionem tantum ſub conditione, ſi patiantur liberi matrem ſecum vti frui; ne quicquam faciente ibi neceſſitudine, ne temere in inſtitutione hæredis idem faciamus quod Iulianus in legato, *l. 9. explicauimus, ad l.* 4.

AD L. INTERDVM, 10.

V*Sumfructum in quibusdam caſibus non partis effectum obtinere conuenit*, ait Papinian. *in l. ſi Titio, 33. §. 1. ſupr. titul. proxim.* Idem plane ſibi vult hoc loco Vlpian. nam ſi pars vſusfructus partem habenti adcreſcat, non tam adcreſcit perſonæ quam rei, tanquam pars dominij: ſi vero partem non habenti, adcreſcit perſonæ. Nec dubium eſt quod Paul. *in l. 4. ſup. tit. prox* vſumfructum ait in multis caſibus partem dominij eſſe, de vſufructu conſtituto eum intelligere, quia proprie non eſt alius vſusfructus: id vero certe nullo caſu dici poſſet, ſi omni caſu vſusfructus perſonæ cohæreret. Idem quoque *in l. & an eadem, 14. §. 1. infr. de except. rei iudic.* Pone igitur ita ſpeciem. Duobus vſusfructus legatus eſt: Primo & ſecundo: tertius eum poſſidebat: cum primus vindicaret, quartus pro tertio poſſeſſore ſe liti obtulit, primus non obtinuit: eaque petitione quartus litis defenſor abſolutus eſt nomine tertij poſſeſſoris, non refert quanam ex cauſa: ob id forte quod actor litem deſeruerit, vel ob iudicis improbitatem vel inſcitiam, vel vitio actoris, cum totum petiiſſet, qui partem tantum petere poterat; ideoque vt iure antiquo tota cauſa ceciderit: vel quod referente actore iurauerit reos actoris non eſſe aut ſuum eſſe, *l. ſed ſi, 11. infr. de iureiur.* denique aliquo modo actor non obtinuit, vt accidit pluribus modis litium & iudiciorum euentum incertum eſſe, *l. quod debetur, 51. infr. de pecul.* Mox ſecundus quoque vſumfructum amiſit, non ſic quidem iudicio aut lite conteſtata, ſed non vtendo vel capitis deminutione. *Mox*, id eſt paulo vel non refert quanto

 poſt,

poſt, modo ne interea quicquam mutes quominus vſusfructus à Secundo amiſſus Primo adcreſcere poſſit: puta ne fingas Primum interim mortuum eſſe vel deportatum. Mox ſignificare poteſt quidem etiam continuum tempus, *vt in l. ſi fructuarius 13 in fin. infr. quib. mod. vſuſf. amitt. l. 8. infr. de leg. Rod. de iact. l. ſi quis heres. 35. infr. de acq. hered. apud Vlp. tit. 1. reg. qui teſtamento. l. ſed & partus. 12. §. 1. ſupr. quod met. cauſſ. l. ſi quis duos. 67. infra ſolution.* ſed poteſt etiam non continuum & poſt longum interuallum de quo poterit qui volet conferre, *l. cum quidam. 17. inf de vſur. l. 3. §. 1. ſup. de minorib.* vbi mox dicitur de anno, poterit *l ad peremptorium 68. cum l. ſeq. ſup de iudic.* vbi mox interpretatur de interuallo non minus decem dierum. poterit etiam *l. ſi quis 23. inf. de captiu. & poſtlim.* vbi filius poſt patris captiuitatem dicitur mox natus vxore ducta filium vel filiam procreaſſe. poterit *l. ligitatores. 11. cum l. Item ſi 17. & l. qualem. 19. §. vult. ſup. de recep. qui arbit.* vbi mox tum explicatur multo poſt, tum dicitur in eo arbitro qui Idibus mutauit ſententiam quam calendis pronuntiauerat, poterit *l. 2. ad Velleian.* vbi pars & primo quidem temporib. D. Auguſti, mox deinde Claudij. Denique ſignificat non certum tempus ſed infinitum: tantum neceſſe eſt omnia in integro eademve in cauſa manere. *l. heredes, 25. §. Idem ſcribit. inf. famil. erciſc. l. 1. inf. de condict. cauſſ dat. l. 2. in fin. princ. & §. 1. inf. de dot. prael. l. 6. inf. de coniung. cum emanc. lib. l. 1. cert. 9. §. ſed & ſi inf. de reb. cred. leg. nam poſtea 9. §. ſed. & ſi. infra de Iureiur. l. 1. inf. qui potior. in pig. hab. l. 1. §. interdictum autem inf. de vi & vi arm. l. 7. multis locis. l. ſi mater. 11. §. 2. & 3. leg. ſi quis 24. infra de excep. rei iud. leg. ſeruum 27. inf. de pignor. l. ſi noxali. 11. §. idem recte. infra de peculi. l. ſi fuerit. 10. inf. de reb. dub. l. à diu. Pio 15. §. in venditione. inf. de re iud. l. 1. §. ſiquis prima. inf de vent. in poſſ. mitt. l. 3. §. puberi. inf. de Carbon. ed. l 7. § 1. inf. de donat. int. vir. & vx. l arboribus. 12. §. Iul. ſup. tit. prox. l. idemque 9. l. in fraudem 15. §. 1. inf. de teſtam. mil. l. 1. §. 1. inf. de verb. obl. l penult. ſup. de hered. petit. l. per ſeruum. 14. in fi. inf. de vſu. & habit l. praedia 48. inf. de ac. poſſ. leg. 3. §. 1. in fin. infra de in rem verſ. l. penult. §. pater. infra de caſtr. pecul. l. Gallus. 29. §. ſi eius. §. nunc de lege. §. ille caſus. infra de liber. & poſthum l. 6. §. ſolemus. l. quotiens 9. § ſi ſeruus. l. Item quod 17. §. 1. inf. de hered. inſt. l. 6. §. quid tamen. in fin. inf. de iniuſt. rupt. l. 1. §. ſed ſi quis. & § ſciendum. l. 2. §. interdum. & §. vlt. leg. 5. inf. de ſuis & legit. her. l. 8. §. ſi lib. l. inter. 26. §. vlt. inf. mand. l. 2. §. 1. ſiquis ex liberis. inf. ad Sen.*

Ter-

Tertyll.l.cum ſeruus.39.§.ſi Titius.infra de legat.1.l.mulier 22 §.penult.l.antepen.inf.ad Sen. Tertyll l.quia dicitur.32.inf.de euict.l.6.§.idem ait.ſup. de negot.geſt.l.3.§.ſcio. l.8 §.penult.l.verum 11.§. ſciendum ſupr.de minorib. l.ſi gratuitam 17.§.penult.inf.de praeſc.verb.l.Luc.Titius.27.inf.depoſ.l.ſi vero. 8. inf. de bon.libert.l.2.in princ & §.defertur inf. de bon.poſſ.ſecund.tab.l.verum.58. inf. de manumiſſ.teſtam.l.2.§.praeterea.infr.de decurion.l ſi adrogator. 22. ſup. de adop. l. procurator.8.in princ.& §.1.inf.rem rat.haber. Vlpianus ait Primum partem dimidiam à Tertio, quem ſuperius vocauimus poſſeſſorem, conſecuturum: quia pars Secundi collegatarii illi adcreſcat, non domino proprietatis, non poſſeſſori. *Vſusfructus enim perſonæ adcreſcit & ſi fuerit amiſſus.* Hactenus omnia optime quadrant; ſed negotium facit quod Vlp. non præciſe ait Primum partem dimidiam à poſſeſſore conſecuturum, ſed eam duntaxat quam amiſit; qui ſenſus certe tolerari non poteſt. Idque facit vt quidam recentiorũ negationem adiici velint ſiue ad illud, *qui litem cõteſtatus eſt*, ſiue ad illud *à poſſeſſore conſequitur.* Quod ſi recte volunt, equidẽ malim ad illud *à poſſeſſore conſequitur*: ſed Rogerii ſententia quæ vulgatam ſcripturam tolerat, videtur quoq; mihi tolerari poſſe. Eam ſententiam quam dedimus, conſeruat huiuſmodi tantum interpunctione, *partem dimidiam duntaxat quam amiſit*, nempe Secundus qui litem conteſtatus non eſt, de quo proxime dixit Vlp. Deinde conuerſa oratione ad principium ſuum ſeu ad primum legatarium cui ea pars adcreſcit, *qui litem conteſtatus eſt*, &c. Eo ſenſu is qui litem conteſtatus eſt, dimidiam duntaxat partem a poſſeſſore conſequitur quam amiſit is qui litem conteſtatus non erat. Habet tamen ſententia hæc ſuum non leue incommodum, quæ vult Primum partem tantum à collegatario amiſſam petere poſſe. Ratio enim quæ ſequitur, *Pars enim collegatarii ipſi adcreſcit*, repugnat & contra ſuadet prius dictum fuiſſe Primum dimidiam dumtaxat partem quam ipſe iudicio amiſit à poſſeſſore non conſequi; poſtquam nunc è diuerſo ſtatuit alteram ſibi adcreſcentem conſequi. Idem incommodum reperietur ſi legatur, qui litem conteſtatus non eſt. Itaq; in id procliuior ſum vt ſic legatur, à *poſſeſſore non conſequitur.* Plane ineptus eſt qui in hac ſpecie dicit agi de iure adcreſcendi quo *Primi portio iudicio amiſſa ſecũdo adcreſcat.* Cęteris quidẽ modis amiſſus

vſus-

vſusfructus collegatariis adcreſcit: iudicio vero amiſſus non adcreſcit, quaſi nec ſit amiſſus. Quod ne non omnibus probemus primum Paul. *lib. ſent. 3. tit. 6. ſent. vſusfructus amiſſus*. vbi percurrit omnes modos quibus vſusfructus amittitur quibuſve amiſſus ad proprietatem recurrit, huiusmodi non meminit: deinde & ſi vſusfructus per ſententiam non conſtituatur nec propriam qui litem vicit actionem de eo habeat; tamen quaſi conſtitutus declaratur quamuis perperam pronunciatum ſit. *l. ex diuerſo. 35. §. 1. ſup. de rei. vind. l. ſicut. 8. § ſed ſi, inf. ſi ſerui. vind. l. 3. in fi. inf. de pignor.* quia res iudicata pro veritate habetur. *l. ſi ſeruus. 50. §. 1. inf. de leg. 1. l. ſi patronus. 12. §. ſi quis eum, inf. de bon. libert. l. ingenuum. 25. ſup. de ſtat. hom. l. qui ſe. 67. ſup. de iudic.* Pro veritate, id eſt pro iuſta cauſa, non legati quidem cauſa ſed iudicati, in quam nouatur quæcunque fuit ſuperior cauſa quæ in iudicium deducta eſt. *l. ſi fundus 16 §. ſi pluris. inf. de pignorib.* Quid prodeſſet poſſeſſori aut eius nomine defenſori abſolutum eſſe, ſi nihilomagis vſumfructum retinere poſſet. Neque effugere poteſt interpres notam hoc loco, qui dixerit rem iudicatam neque litis defenſori qui non poſſidebat, neque poſſeſſori qui cum primo non litigauit. Prodeſſe quo magis hic vel ille vſumfructum habeat. Hoc ait quaſi poſſeſſor quod ſuo nomine actum eſt, ratum non habuerit: quo caſu quoque æquius eſſet, inquam, primo aduerſus, tertium agenti non nocere quod inter ſe & quartum iudicatum eſſet, quam ſecundo prodeſſet, quocum non magis actum vel iudicatum eſſet, *l. ſi à te, 9. infr. de except. rei iud.* Vlpianus hoc loco quo certius dicat partem ſuam non habenti partem nihilominus adcreſcere, idcirco partem iudicio amiſſam ponit cum Papin. *in d. l. ſi Titio, & Paul. in dict. l. & an eadem.* Quia ſic amiſſa nunquam recuperatur, nunquam ab eo qui vicit, ita deinceps amittitur, vt collegatariis adcreſcat: Siquidem qua ex cauſa tertio vel quarto, qui ſe liti obtulit nomine tertij, addicta eſt, in ea cauſa primus & ſecundus coniuncti non ſunt, *l. heredes, 25. §. idem ſcribit, infr. famil. erciſc.* Præterea & ſi pars à primo iudicio amiſſa ſecundo adcreſceret, id propoſitæ ſpeciei non conuenit. Proponitur enim primum ante iudicio amiſiſſe quam ſecundus qui litem conteſtatus non eſt, amiſerit. Portio primi iudicio amiſſa antequam ſecundus ſuam amiſerit, non poteſt adcreſcere ſecundo partem ſuam non habenti. Denique ſecundo prodeſſe non debet quod inter primum

primum & tertium vel quartum actum vel iudicatum eſt, *l.ſi duo,13.infr. de iureiur.* Ne vero ſibi blandiatur de eo quod verbum *mox* tempus continuum ſignificare poſſit. Si quidem hac interpretatione hoc tantum proficere poteſt ne vllum videatur temporis interuallum inter amiſſionem primi & ſecundi: quæ interpretatio hoc loco ridicula eſt. Nam ſi continua eſt amiſſio primi & ſecundi, iam nullum tempus vacuum eſt quo ſecundus partem non habeat. *Portio igitur primi adcreſcet ſecundo*, inquit interpres, *quamuis mox ſecundus nullo intermiſſo ſpatio portionem ſuam amiſerit: portio autem ſecundi ad proprietatem recurret. Primo enim adcreſcere ideo non poteſt, quod cum totus vſusfructus factus ſit in perſona ſecundi; Iam perſona primi pro fructuario haberi non poteſt. Primi igitur partem duntaxat ſecundus à poſſeſſore conſequetur & retinebit.* Hactenus ille. Male illud, portionem primi quæ iudicio amiſſa eſt, adcreſcere ſecundo: & ſi adcreſceret, illud male ad mentem Vlpiani, *quamuis mox ſecundus nullo intermiſſo ſpatio portionem ſuam amiſerit*, Vlpianus enim vult interiectum eſſe aliquod ſpatium quo diſtinguantur amiſſiones & dici poſſit partem non habenti ſed amittenti, partem nihilominus adcreſcere. Male item ad Papinianum *in l.cum pater, 77.§.libertis, infr.de legat.2.* Abſurdum eſt enim vt ſecundo pars à primo amiſſa eodem momento adcreſcat, quo ipſe ſecundus ſuam amittat. *Non poteſt dici eo momento quo quis amittit vſumfructum, etiam ipſi quicquam ex vſufructu adcreſcere. Placet enim nobis ei qui amitti, vſumfructum, ex eo quod amittit, nihil adcreſcere*, inquit idem Papin. *in l.3.§.2.infr. quib.mod.vſusfr.amitt.* Rurſus male illud, portionem ſecundi ad proprietatem recurrere; niſi forte qua ratione dico, quia vtroque, primo & ſecundo eodem modo amittente, alteri ab altero adcreſcere non poteſt. Sed ea ratione ſibi ipſe contradiceret, qui ſupra portionem primi adcreſcere ſecundo dixit, quamuis mox ſecundus nullo ſpatio intermiſſo portionem ſuam amiſerit. Coniecturæ aduerſus eum locus non eſt; ideo vult portionem ſecundi ab eo amiſſam ad proprietatem recurrere, quia primo adcreſcere non poſſit. Cur magis igitur portio primi amiſſa eodem momento quo & ſuam ipſe ſecundus amittat, ipſi amittendi adcreſcere poterit? Ait ideo portionem ſecundi primo adcreſcere non poſſe quod cum totus vſusfructus factus ſit in perſona ſecundi, iam perſona primi pro fructuario haberi non poſſit. Imprimis hoc falſum eſt,

totum vſumfructum in perſona Secundi factum eſſe, qui eodem momento amiſerit quo primus: & ſi in ſecundo verum eſſet; idem quoque in Primo dici poſſet ab eo quod idem momentum habendi & amittendi, in vtroque ponit. Deinde nihilomagis ea ratione ſibi conſtat. Nam quod ſuperius dixit Secundum nullo intermiſſo ſpatio portionem ſuã amiſiſſe, eo nullum ſpatium ſibi reliquum fecit quo dicere poſſit totum vſumfructum in perſona ſecundi factum eſſe. Imo & ſi ſpatium aliquod intermiſſum fuerit, eoque totus vſusfructus in perſona Secundi factus ſit, falſum eſt, inquam, partem ſecundi aut quicquam ad proprietatem recurrere: quia & partem ſuam non habenti adcreſcere poteſt. Si vſusfructus & conſtitutus & poſtea amiſſus nihilominus ius adcreſcendi admittit, aut ſi vſusfructus cottidie conſtituitur & legatur, quotus quiſque non videt vſufructu à Primo amiſſo, eius perſonam nihilominus integram eſſe ad eam partem accipiendam quæ à Secundo illi iure adcreſcendi obuenit. Ex quibus multo verius ſequitur falſam eſſe illationem quam ſubiicit, Primi igitur partem dumtaxat Secundum à poſſeſſore conſecuturum & retenturum. Sequitur in hac lege *Pars enim collegatarii ipſi adcreſcit, non domino proprietatis.* Hoc valde conuenienter ei lectioni quam probauimus; hoc ſenſu: Primus à poſſeſſore non eam quidem partem conſequitur quam iudicio amiſit, ſed eam quam Secundus non vtendo vel capitis diminutione amiſit. Præterea eius ſententiam nonnihil refellit qui de iure adcreſcendi à Primo ad ſecundum agi dicit. nam quod Vlpianus ſupra ſecundum perſpicue appellat collegatarium primi, veriſimile eſt hic etiam ſeruare; ideoque intelligere partem Secundi primo adcreſcere, ſequitur in fine, *vſusfructus enim perſonæ adcreſcit & ſi fuerit amiſſus*, id eſt & ſi partem ſuam amiſerit ita vt eam non habeat Ratio eſt quia non eo minus nunc capere poteſt quod olim capere non potuerit vel amiſerit. nam vt in legato proprietatis non ante de legatarii condicione diſpici oportet quam legatum ad eum pertineat. *l. non oportet. § 2. infra de legat. 2.* ita in legato vſusfructus. Atqui vſusfructus legatus cottidie legatur, cottidie nouus fit. *vt ſup. in l. 1. §. interdum.* cottidie defertur alius atque alius; adeo vt nec videatur amiſſus qui adcreſcit, nec amiſiſſe is cui adcreſcit. Qui olim vſumfructum amiſit, quaſi ſic olim capere non potuerit; dummodo ab initio non repudiauerit aut capere non potuerit, non eo minus nunc capere poteſt. Cæterum

Digitized by Google

cum legatarius partem ſuam non amiſit, tunc eam quæ adcreſcit, non tam perſonæ adcreſcere dicimus quam rei; nec dicitur nouus vſusfructus qui adcreuit, ſed idem qui ab initio conſtitutus fuit, *vt in l.5. ſupr.* ſi vero legatarius amiſit, tunc non iam rei quam perſonæ adcreſcere dicimus. Illud prius, potius & libentius tanquam amplius dicimus vbicunque poſſumus, quam hoc poſterius tanquam minus. Iuris directi ſeu perpetui primæ ſunt vbique partes; ſecundæ vero iuris naturalis ſeu æqui & boni, pro eo demum caſu quo iure deficiamur. ne vero ſic ſatis factum non ſit iſta de re omnibus curioſis, cùm vſumfructum portioni adcreſcere dicimus inquam; non minus etiam perſonæ adcreſcere intelligimus, non contra: quia ius adcreſcendi perſonale ineſt iuri adcreſcendi reali, non contra reale perſonali: vt plus dicamus qui ius adcreſcendi reale dicamus, nec perſonale omittamus, vſusfructus enim non amiſſus ſed continuatus dominio comparatur, vt quid libet aliud facti, puta poſſeſſio vſque ad vſucapionem. *l.3. l. poſſeſſio, 20 l. nunquam. 31. §.1. inf. de vſurp. & vſuc.* item mora non omiſſa: petendi inſtantia. l. mora. 32. infra de vſur. item fideicommiſſum, à filiof. vel ſeruo circa teſtamentum relictum, cuius ad manumiſſionem & inde mortem vſque durauerit voluntas. *l.1. §.1. infra de legat. 3.* Item ſi quis maior factus comprobauerit quod minor geſſerat. *l 3. §.1. & 2. l. ſi filius. 30. ſupra de minorib. l. 1. & 2. cod ſi maior fact. rat. habuer.* item naturalis obligatio inter filiosf. fratres, ſi peculium creditoris ſuo loco manſerit & ſolutum à debitore fuerit. *l. frater 38. inf. de condict. indeb.* Aliud exemplum *in l. vnum. 67. inf. de legat. 2.* Cuiuſmodi omnia proculdubio tranſeunt ad hæredes. *l. de acceſſionibus. 14. inf. de diuerſ. tempor. præſcript. l. cum patriſ. 27. infra de vſur.* nec non vſusfr. imo multo facilius tranſiret, qui iam iuris eſt; niſi ſingulariter contra placuiſſet, ne in vniuerſum inutilis eſſet proprietas ſemper abſcedente vſusfructu. vſusfructus quidem quamuis cõtinuatus non tranſit ad hæredes; qui ſi tranſiret, nulla continuatio requireretur, nulla huiuſmodi amiſſio fieret non vtendo tantum aut vlla capitis minutione: quin idem in eo eſſet atque in rebus corporalibus quæ ipſæ ſunt in bonis, quæ vſucapione demum acquiruntur. Sed quatenus vnus & continuatus eſt, quid prohibet eum qui adcreuit, vnum etiam dici cum eo cui adcreuit? ſic perſonæ accedere tum eam excedere & ad bona vſque peruenire?

Ff 2 Alio-

Digitized by Google

Alioquin eſt quod dicamus nullo caſu vſumfructum eſſe partem dominij, quia nunquam ad hæredes tranſit: contra *l. 4 ſupr. tit. prox. l. qui vſumfructum, 58. infr. de verb. oblig.* Cum vero amiſſus ſeu interruptus eſt, quia eo caſu non eſt vſusfructus cui adcreſcere dicamus: ideo in ſubſidium perſonæ adcreſcere dicimus: qualis vſusfructus ineſt etiam ei qui continuatus fuerit. Nam etiam continuatus conſiſtit ex cottidiano facto vtendi fruendi: vnde prima origine vſusfructus dicitur perſonalis, *l. 1. infr. tit. prox.* Qua ratione fructuario fructus tunc demum acquiruntur cum ipſe perceperit aut alius nomine eius, *l. ſi fructuarius, 13. inf. quib. mod. vſusfr. amitt. l. qui ſcit. 25. §. 1. in fin. infr. de vſur.* contra quam in proprietate, in qua ſemel tradita poſſeſſio ad dominium ſufficit, nullo domini facto vltra neceſſario. Huic ſententiæ meæ non timeo ab vllis vnquam aculeis aut morſibus inuidiæ.

Ad L. Cum ſingulis, 11. & L. vult.

EAdem ratione ius adcreſcendi in iſta ſpecie non eſt, atque in legato per damnationem vel in fideicommiſſo, *l. dominus, 57. §. 1. ſupr. tit. prox.* eadem ratione atque ex duobus teſtamentis, *l. quid ergo, 53. §. 1. infr. de legat. 1.* Duobus hæredibus inſtitutis, primo & ſecundo, finge ita legatum fuiſſe tertio & quarto. *Tertius à primo hærede meo vſumfructum fundi Corneliani ſumito habeto: quartus à ſecundo hærede meo eundem vſumfructum ſumito habeto.* Ideo inter tertium & quartum ius adcreſcendi non eſt, quia partes tertio & quarto non concurſu demum, ſed ab initio factæ ſunt, id eſt ab ipſo teſtatore: certe omnino antequam conſtitutus eſſet vſusfructus. Nam conſtituitur à ſingulis hæredibus qui iam ſingulas partes hæreditatis habent, vt diximus *in l. 1. §. vlt.* quorum ex partibus fundi Corneliani inter eos concurſu factis non poſſunt partes legatariis non videri factæ ab initio conſtitutionis, *l. ſiue à certis, 17. infr. de duob. reis conſt.* Ad ius adcreſcendi tota res multis legata ex eodem cumulo, ex eadem hæreditate primum ſeparanda eſt: deinde eius partes inter ſingulos legatarios concurſu faciendæ: ne vnquam ea res hæredum fuiſſe videatur, ſed recta via ad legatarios tranſiiſſe, *l. legatum ita, 80. infr. de legat. 2.* quod hic videri non poteſt, cum ſinguli legatarij non à tota eademve hæreditate, ſed a ſingulis hæredibus, vt diuerſis hæreditatibus capiant: perinde ac

de ac ſi ita legaſſet teſtator: *Partem vſusfructus fundi Corneliani tertius à primo hærede meo ſumito habeto, partem quartus à ſecundo hærede meo ſumito habeto,l.huiusmodi,84.§.penult. infr. de legat.1.* Cæterum ſi tertio & quarto legatus ſit vſusfructus ab vno eódemque hærede ſiue primo ſiue ſecundo, perinde erit inter eos ius adcreſcendi atque ſi à tota hæreditate legatus eſſet: quia ſatis eſt ex hæreditate vel eodem toto legatum deinde inter ſingulos legatarios partes factas eſſe,*l triplici,142.inf.de verb.ſign.* ideoque ait Papin.*Cum ſingulis* legatariis *ab hæredibus ſingulis,*&c. Et ſubiungitur ex Vlpia. *Cum alius* legatarius *ab alio hærede vindicat.* Sed ſi ſingulis ab eodem hærede legatus ſit vſusfructus, legatũ non maioris partis intelligi poteſt quam hæreditariæ eius à quo ambobus legatum eſt.Ius vero adcreſcendi de his particulis erit quæ inter eos ex ea parte tanquam toto factæ ſunt.

AD TITVLVM

Quando dies vſusfr. leg. ced.

DIem legati cedere, id eſt, legatum ex eo die iuris effectum habere, legatario deferri ad eum pertinere, in eius poteſtate eſſe, de eo ſecurum eſſe:adeo vt ſi moriatur, ad ſuos hæredes petitionem eius quandoq; futuram transmittat:deniq; quamuis nondum acquiſiuerit, iuris ratione perinde ſit ac ſi acquiſierit. Sed quia de eo patimur controuerſiam ab his qui dicunt non eundem eſſe diem, vel effectum ceſſionis ac delationis; legati puri ſcilicet diem cedere ex morte teſtatoris, deferri vero ſiue pertinere ad legatarium, vel hæredem eius ex die aditæ hæreditatis.Nam & pertinere in iure deferri eſt,inquiunt: cedere diem legatorum vt ſint debita & ad hæredem legatarij eo moriente pertinere poſſint, deferri vt peti & acquiri vel repudiari poſſint: Idcirco circa hanc Salebram paulo diutius nobis hærendum eſt, vt partes ICtorum tueamur. Nihil enim dicam quod non ſit diſerte à ICtis. Primum quod fatentur ibidem ſi dies legati ceſſerit, ex eo legatum ad hæredem legatarij iure hæreditario pertinere poſſe (quod verum eſt & ſumtum ex *l. Sempronius,26.ff.de vſufr. leg.*) id ſumo contra ipſos: Non alio enim ſenſu ibi hoc dicitur quam quod iam ad legatarium proprio iure pertineat. Siquidem non poteſt ad hæredem iure hæreditario pertinere quod non prius ad defunctum proprio pertinuerit: Pertinere vero ſiue ad legata-

Digitized by Google

rium ſiue ad eius hæredem, ſumunt cum Paulo *in dict. l. Sempronius* ex diei ceſſione ſeu morte teſtatoris, non autem ex die aditæ hæreditatis demũ acquiſitiue legati. Ergo per eos ipſos iam ex quo ceſſerit dies legati diei poteſt legatum ad legatarium pertinere. Idem probatur perſpicuè *in l. ſi poſt mortem* 68. *in princ. &* §. 1. *de legat.* 1. vbi ſtatim poſt conditionis euentum dicitur legatum pertinere ad legatarium. Nam conditionis euentus facit tantum diei ceſſionem non etiam legati acquiſitionem. Item quod dicitur non oportere prius de conditione legatarii quæri quam legatum ad eum pertineat, *l. non oportet* 52. *de lega.* 2. id eſt quam dies legati ceſſerit. Nam certe circa diei ceſſionem videndum eſt de perſona & conditione legatarii an capere poſſit, *dict. l. ſi poſt mortem. l. cum filius* 76. §. *ſi ſeruus infra de leg.* 2. *l. ſi alienum.* 49. §. 1. *l. liber homo.* 59. §. *ſi heres de hæred. inſtit. l. eum qui* 104. *de condit. & demonſtr.* Quis vero aliorſum putauerit circa diei ceſſionem inſpiciendum eſſe an legatarius capere poſſit, quam quo id tempus ſignare videatur, quo capiat vel legatũ ad eum pertineat eive deferatur. Ergo ex diei ceſſione iam legatũ pertinet ad legatarium eique defertur. Non pluribus temporibus inſpiciendũ eſt de conditione legatarii quam duobus, teſtamenti faciendi & diei ceſſionis; quia legatarius ſtatim vt ſcit legatum ſibi eſſe eiuſq; diem ceſſiſſe, debet admittere vel repudiare *l. ratum.* 13. *inf. de ſol.* Secus in hæreditate vbi ex eo quod de ea adeunda deliberari poteſt, nata eſt occaſio alterius temporis conſtituendi quo etiam videretur de perſona hæredis an capere poſſit, quo tempore ſcilicet poſt deliberationem adit hæreditatem. *d. l. ſi alienum,* §. 1. Cæterum in legatis vbi deliberandum non eſt & manifeſtius duo ſunt tantum tempora quibus inſpiciendum ſit de condicione legatarii teſtamenti faciendi & diei ceſſionis, quorum priori illo teſtamenti faciendi legatum vtique nondum ad legatarium pertinere debet, reliquum eſt vnum diei ceſſionis quo ideo dicendum ſit de conditione legatarij inſpiciendum eſſe, quia eo legatum ad legatarium pertineat. Ergo eo tẽpore iam legatum ad legatarium pertinere dicendum eſt. Et Pomponius *in l. ſi ita* 45. §. 1. *de legat.* 2. cum ait *non ante legatum pertinere ad legatarium quam dies veniat vel conditio exiſtat,* Satis demonſtrat ſtatim poſt diei aduentum vel conditionis euentum, quæ diei ceſſio eſt tantũ pertinere. Eodẽ manifeſta eſt *l. ſi Eros.* 11. *de opt. leg.* vbi cum alter ex ſociis legat ſeruo com-

communi, dicitur idcirco legatum totum ad alterum ſocium pertinere, quoniam die legati cedente ſolus eſt qui per eum ſeruum acquirere poſſit. Rurſum Paulus *in l. ſi dies 21 quand. dies legat. ced. Si dies appoſita legato non eſt præſens debetur aut conſertim ad eum pertinet cui datum eſt*, inquit. Præſens deberi aut confeſtim ad legatarium pertinere: nunquid nõ pro eodem accipies, idque confeſtim intelliges ſtatim à morte teſtatoris ſeu à diei ceſſione? Denique verbum pertinere latiſſimè patet nec tantum ad ea quæ iam in noſtro dominio ſunt quæue aliquo licet non dominij iure poſſidemus pertinere poteſt, ſed etiam ad ea quæ in nulla eorum cauſa ſunt ſed eſſe poſſunt. *l. verborum. 131. infra de verbor. ſignificat.* Legatum quoque deferri iam à diei ceſſione probo ex *l. 7. de legat.* 1. vbi dicitur *legatum ſeruo delatum à dominio repudiare poſſe.* Legatum enim admitti vel repudiari poſſe ſtatim atque dies eius ceſſerit vel quod idem eſt, ad legatarium pertinere cæperit habemus ex *dict. l. ſi ita 45. §. 1. infra de legat. 2.* vbi Pomponius ait *ſi ſub condicione vel ex die certa nobis legatum ſit, nos ante conditionem vel diei certum repudiare non poſſe.* Qui dicit legatum ſub conditione relictum ante conditionem repudiari non poſſe is profecto intelligit poſt conditionem repudiari poſſe; ergo poſt conditionis euentum, quæ eadem diei ceſſio eſt, non tantum dici poteſt legatum pertinere ſed etiam delatum eſſe. Non acquiritur quidem legatum per ceſſionẽ diei, niſi iam ante adita ſit hæreditas: acquiritur demum hæredi ex teſtamento exiſtente. Sed id non obſtat quominus antea ſeu tempore mortis teſtatoris acquiſitum videatur. Nam ſi eo vſque retrahitur aditio hæreditatis vt certe retrahitur *l. ſi ex re 28. §. vlt. infra de ſtipulat. ſeruor.* neceſſe eſt eo quoque vſque retrahi acquiſitionem legati: ne alioquin res legata videatur prius facta hæredis quam legatarii, quod iuris ciuilis ratio non patitur *l. legatum ita 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infra de Furt.*

Non minus legatum rectè proficiſcitur à teſtatore ad legatarium quam hæreditas ad hæredem. Acquiſitio legati vſque ad hæreditatis aditionem differenda eſt, quia per aditionem demum confirmatur omni ex parte teſtamentum. Interea vero ſuſpenditur tota vis teſtamenti: nec dum planè certum an teſtamentum maneat nec ne. Aditio hæreditatis vltima linea eſt totius teſtamẽti quæ id claudit & iuris facit, etiam

etiam ex parte hæredis. Cæterum hæc etſi moram petitioni legati facit, ceſſioni tamen diei non facit *l. huiuſmodi, 7. quand. dies leg. ced.*

Quam ceſſionem qui dicit, is tantum anteuertit diem acquiſitionis legati, & dicit diem ex quo imputatur legatum tanquam factum legatarij, ſi id non repulerit: ita vt nihil damni ſit hactenus non petitum eſſe. Acquiſitionis legati nullum proprium tempus eſt ad inſpiciendum an legatarius capionem habeat, cum dubitari nō poſſit eum habere quem quod amplius eſt iam ante definitum eſt ad hæredem ſuum transmittere. An capionem habeat quid prodeſt inſpicere, niſi eo vt ſi legatum non capiat, id in hæreditate remaneat. Atqui hoc loco etiam ſi legatarius poſt ceſſionem diei agnitumque legatum capionem amiſerit, non ideo legatum ab eo ante agnitum in hæreditate manebit quod ſemel ab hæreditate diſceſſit. Sic fruſtra fuerit circa aditionem hæreditatis, quo tempore legatum acquiritur inſpicere an capere poſſit, quod iam actum & certum eſt ex diei ceſſione. Quod ſi de capione cerneretur etiam tempore hæreditatis aditæ in poteſtate hæredis, futurum eſſet aditionem protrahendo id ſibi ipſi præſtare ne legatum teneretur præſtare. Quod iniquum eſſe eaque ratione vitandum qua vulgo dicitur conditionem videri impletam, quando per eum cuius intereſt ne impleatur factum eſt quominus impleretur. Facit §. *poſt mortem. inſtit. de hæredit. quæ ab inteſt. l. ſi ſeruus 27. §. 1. ad leg. Aquil. l. interdum 16. §. ſerui. de publican. l. Pomponius 13. de acquirend. poſſeſſ. l. ſi idem 11. §. 1. ſupra de iuriſdict. l. 2. §. Scæuola. de eo quod cert. loc. l. inter 83. §. 1. de verbor. obligat.* Sic tempus acquiſitionis legati aufertur ipſi acquiſitioni & deputatur ceſſioni diei. Ne igitur per ceſſionem diei dicamus legatum deberi, per delationem vero acquiri aut peti poſſe, quaſi iſta diuerſa ſint: legatum non alias debetur, alias acquiritur: Sed acquiritur tantum vel debetur, quæ acquiſitio vel debitio etſi ex tempore aditionis hæreditatis demum fiat, videtur tamen facta iam tempore ceſſionis per fictionem iuris, qua legata pura vel iure hæreditario continuantur cum morte defuncti. Denique ceſſio diei nihil aliud eſt quam imputatio vel occupatio acquiſitionis quæ quandoque poſt futura eſt per aditionem hæreditatis. Sed iſta locum habent in legato proprietatis, quod legatum ad hæredem legatarij tranſire poteſt. Contra in legato vſusfructus cuius dies non cedit ante aditam ex teſtamento hæredita-

reditatem. Hactenus præfatio: venio ad interpretationem huius legis. Statim ab initio deciditur legatum vſusfructus non ſæpius, ſed ſemel cedere etiamſi in faciendo conſiſtat. Hoc diſſentaneum etiamſi eo ſpectat quaſi ſæpius cedere deberet eo quod in faciendo conſiſtit. Non facit quicquam quod ait in facto eius qui vtitur fruitur. Ad propoſitum non intereſt cuiusnam in facto conſiſtat, conſiſtit hoc loco in facto legatarij: ſed idem futurum eſt etiamſi in facto hæredis conſiſtat vel etiam in facto neutrius. Verbi gratia cum legatis ſerui vel liberi hominis operis, dicitur legatum capitis diminutione vel non vtendo non amitti. *l.2. & 3. de vſufr. legat.* Hæc ſententia eſt poſtquam hoc legatum in faciendo conſiſtit, non ſemel ſed quotidie huius diem cedere: quaſi plura & quotidiana legata ſint, quorum ſingulorum dies ſingillatim cedant, quibus cedentibus quotidie noua inſpectio fiat de conditione legatarij: adeo vt qui minima capitis minutione deminutus eſt nihil de eo legato amittat: qui vero deportatus eſt, etiamſi dum deportatus manſit, capere non potuerit, tamen in integrum reſtitutus idem legatum capere poſſit, quaſi ſcilicet quotidie vel in horas aliud atque aliud legatum ſit, quotidie vel in horas noui legati dies cedat. Denique *in l. penult. ſupra de capit. minut.* Vbi agitur de legato habitationis, quæ vtique etiam conſiſtit in facto legatarij ſeu habitantis, cur capitis deminutione interueniente nihilominus perſeueret legatum, non additur id de facto habitantis, ſed ſatis habetur ſimpliciter tale legatum in facto potius quam in iure conſiſtere. Hæc igitur ante deciſionem huius legis ſententia ſit, omne legatum rei in facto conſiſtentis æſtimari iure naturali quod ius nō corrumpitur iure ciuili aut minima capitis deminutione §. *vlt. inſtit. de legit. agn. tut. l. tutelas 7. ſupra de cap. minut.* Ideoque id legatum non minus capere poſſe capite minutum quam integrum. Sed vt iure ciuili corrumpi non poteſt, ita nec eodem iuuari quo magis vnum ſit legatum. Ius ciuile eſt quod vnum vel plura facit legata. Ius ciuile hanc vim habet res plures plurave facta in vnum colligendi & ita vnum legatum de multis faciendi: quam vim non habet ius naturale. Quod ſi vſusfructus ſic facti aut iuris tantum naturalis eſt, apparet quotidie ſic legati vſusfructus diem cedere, vel quotidie vſumfructum conſtitui, vel legari. Nam ſecundum eam ſententiam vſusfructus ex fruendo, id eſt ex perce-

Digitized by Google

randam videtur rem ipſam habere,conſequens eſt vt qui ius habet ad vtendũ fruendum,is videatur iam vti frui. Et notandum eſt non quod vſusfr.ex fruendo conſiſtat,ideo minus in iure conſiſtere. Nihil eſt iuris cui non inſit etiam factum, non contra,verbi gratia,qui fundũ dari ſtipulatus eſt quod iuris eſt, is vacuam quoq; poſſeſſionem tradi oportere ſtipulatus intelligitur ꝙ facti eſt *l.* 3 §.1.*de act. empt.* Nec aliter ſeruitutes prædiorum ex faciendo conſiſtunt & tamen earum obligatio in dando conſiſtit,*l.ſi vnus 19.l.vlt.de ſeruitut.ruſtic.l.* 2.*de verb.oblig.* Sic qui actionem habet ex iure gentiũ vel ciuili quod expreſſum eſt,idem & multo magis exceptionẽ & retentionẽ ex iure naturali ꝙ ineſt habere debet,*l.*1.§.*is a. de ſuperficieb.* In iſtis huiuſmodi ius eſt expreſſum. Vſusfr.ius per ſe eſt:factum vero non expreſſum,non per ſe ſed ineſt tantum. Atqui tritum eſt longe diuerſam eſſe cauſam eius quod expreſſum ſeu per ſe eſt & eius ꝙ ineſt,*l.*138.*in fin.de verbor.obligat.* Hæc diuerſitas eſt ſcilicet quam dicimus inter vſumfructum iuris & vſumfructum facti. Inter ius vtendi fruendi & ſingula fructuum corpora vel ſingula vtendi fruendi facta, inter ſpeciem & genus. Ea ratione igitur non minus eius legati ſemel dies cedit quam proprietatis. Quod ſi exigis,cur igitur Vlp.*in l.*1.§.*pen.ſup. tit. prox.* ait *vſumfructũ quotidie conſtitui & legari?* Id enim ait quaſi vſusfructus in facto tantũ conſiſtat,qui ideo capitis deminutione nõ amittatur vel quotidie nouus fiat,quotidie alius atq; alius acquiratur. Et certe vtrunq; verũ eſt vſumf. legatũ iuris eſſe,ſemel cõſtitui,ſemel legari, vt proprietatẽ; & facti eſſe,quotidie cõſtitui,quotidie legari, vt factũ fruendi, ſed illud in prima diei ceſſione & conſtitutione vſusf.quæ fit exemplo proprietatis,hoc vero in ſecundaria ſubſidiaria & vſusfructus propria,quatenus à proprietate alienus eſt & ex fruẽdo cõſiſtit. Vbi duobus vel plurib' vſusfr. cõiunctim legatus eſt,primũ quidem partes eorum qui repudiarunt, partibus eorũ qui admiſerũt,adcreſcunt, vt ſolet in proprietatis legato. Nã ad eũ qui ab initio repudiauit, nunq̃ vlla pars vllo iure adcreſcendi redire põt. Et ita pars iure adcreſcendi tanquã per alluuionẽ dicitur parti adcreſcere. Inter eos vero qui ab initio legatum agnouerũt, ſi quis eorũ deinceps partẽ ſuã amiſerit,ea adcreſcit etiã illis, qui partes ſuas amiſerũt:quia nõ adcreſcit partibus rei tanq̃ pars ſed perſonę tanquã acceſſio ꝓpria perſonarũ vel factũ *l.ſi Titio* 33.§.1.*de vſuf. l.interdũ* 10.*ſup.tit.prox.*

Vſusfructus qui ſemel exemplo proprietatis functus eſt, non poteſt amplius eodē fungi in eodē legato, ne amplius poſſit quā proprietas ſed poſtquā proprietatis exēplo ſatis factū eſt quaten⁹ vſusfructus ei ſimilis eſt ſeu quatenus ius eſt, poteſt in eo iure adcreſcendi q ſupereſt, in quo vſusfructus facto tantū æſtimatᷣ, ſæpius fungi, quatenus plures ſunt perceptiones plura facta vtendi fruendi vel quotidie, imo in horas nouus vſusfructus, nouum legatum. Et hoc poſtremum proprie locum habet in vſufructu adcreſcendo quod ſupereſt inter coniunctos qui legatum acceperunt, *dict. l. 1. §. penult ſupra tit. prox.* Vſusfructus proprium eſt, vt amiſſus ad proprietatem recurrat: quod non poteſt niſi eodem modo quo primum ab ea receſſit, id eſt, totus & prius reſumptis partibus quæ per concurſum legatariorum factæ & ſingulæ ſingulis attributæ fuerant. Ea re fit vt partes à ſingulis amiſſæ non reuertantur ad proprietatem quamdiu vllus eorum ſupereſt qui legatum admiſerunt, qui modo capere poſſit quo tempore ab alio amittitur. Et ibi non refert an partem ſuam habeat, vt ei adcreſcere poſſit, quia non adcreſcit parti. Refert autem an capere poſſit, quia perſonæ eius adcreſcit. Omnes legatarij, quippe coniuncti in vnum vſusfructus legatum, vnius loco habentur, qui quamdiu vllus eorum ſuperſit qui capere poſſit, reditum ad proprietatem impediat. Denique vt vſusfructus totus eſt demum in eo qui extremus omnium capere poſſit, cui ve ab omnibus adcreuerit, ita ab eo demum amiſſus ad proprietatem reuertitur. Quod pluribus explicuimus *ad tit. de vſuſfr. adcreſcend.*

Hic vero vbi non agitur de vſufructu adcreſcendo poſt eum conſtitutum, ſed de eo tantum ab initio conſtituendo & à proprietate per legatum ſeparando, ſatis eſt notare eam dici ceſſionem quam vſusfructus legatū habet ab exemplo proprietatis, alioquin minus naturæ ipſius vſusfructus congruentem. Sequitur in textu. *Aliter atque ſi cui in menſes vel in dies vel in annos ſingulos quid legetur. Tunc enim per dies ſingulos vel menſes vel annos dies legati cedit.* Tale legatum plerunque ſimile eſt vſufructui, cum morte ſit finiatur *l in ſingulos 8. de annu legat.* Sed tamen ea pleraque diuerſa habent, vt videre eſt *in dict. l. in ſingulos.* quorum diuerſorum hoc vnum eſt.

Aliter, id eſt contrario modo. In eo enim etiam contraria ſunt legatum

tum vſusfructus & diurnum vel menſtruum vel annuum. Illud vnum eſt hoc plura. Itaque vſusfructus legati dies cedit ſemel. Diurnum vero vel menſtruum vel annuum legatum multeſimum eſt, quod oſtendit ſe diuiſum per ſua temporis interualla in plura infinita, diurnum in ſingula ſingulorũ dierum, menſtruũ in ſingula ſingulorũ menſiũ, annuum in ſingula ſingulorũ annorũ. Et ita quot dieb. diurnorũ, quot menſib. mẽſtruorum, quot annis annuorũ dies cedit, *l. cũ in ann. 11. de annu. legat. l. cũ in ann. 10. & 23. quand. dies legat. ced. l Senat. 35. §. vlt. de mort. cauſ. donat. l. 1. §. ſi in ann. ad l falcid. l. pater 101. §. vlt. de cond. & demonſt.* Ratio huius loci ex eodẽ fonte eſt ex quo & illud de vſufructu, cur prima fronte plura legata eſſe videantur, eo quod ex fruendo conſiſtat. Et reuera vſusfructus plura eſſent niſi vſusfructus iuris multo plurimum eſſet: quo nomine tanquam vinculo quodam ſingula facta, ſinguli fructus alioquin diſperſi contribuuntur & componuntur in vnum, vt totum vſumfructum, cuius dies ſemel cedat. Quia igitur in annuo legato nullum tale iuris vinculum eſt quo ſingula annua coaleſcant, quin potius coniunctionem ſiue vnionem vetet verbum huiuſmodi, diurnum, menſtruum, annuum, quæ plura nominatim faciunt, ideo plura habentur quorũ dies pluries cedere debeat. Legatum annuum legato vſusfructus partim ſimile eſt partim diſſimile. Simile eo quod æque neutrum tranſit ad hæredem, ideoque neutrius dies cedit ante aditam hæreditatem, *l. 5. quand. dies legat.* Ratio tamen non ſimilis eſt. In vſufructu ratio eſt, quia ius perſonale eſt, ſeruitus perſonalis, perſonæ cui debetur cohærens nec eam excedens & cum ea denaſcente denaſcens. In legato annuo longe alia ratio eſt, nempe ſingula ſingulorum annorum legata conditionalia ſunt huiuſmodi conditione tacita ſi legatarius vixerit & capere poſſit. Excipio primum ſeu primi anni legatum. Id enim purum eſt adeoque ad hæredem legatarij tranſmittitur, & eius dies cedit iam ex die mortis teſtatoris, *l. nec ſemel 12. quand. dies leg. ced. l. 4. de annu. legat.* Et hoc primum legatum igitur non facti eſt, ſed iuris in quo ſcilicet non aliud conſideratur quam datio legati. Pura eſt datio, purum legatum & ab omni facto defecatum. Cætera vero ſequentium annorum legata ſunt conditionalia, qua conditione diximus, quæ conditio tacit ea legata facti. Omnes enim conditiones facti ſunt, & ius id eſt legatum ſuſpendunt donec exti-

titerint. Interea igitur faciunt vt legatum perſonæ legatarii cohæreat. Nam quæ facti ſunt, ea cohærent perſonis in quibus expreſſa ſunt, §. *ſed cum factum. Inſtit. de ſtipulat. ſeruor.* Eorum quæ facti ſunt & in perſona ſerui vel filiifam. expreſſa ſunt, emolumenta demum per ſeruum vel filiumfam. domino vel patri acquiritur, *l. 1. ſi à parent. quis manumiſſ.* quod emolumentum non eſt ante diei ceſſionem. Interea igitur legatum conſiſtit in perſona filiifam. vel ſerui cui relictum ſit: ita vt ſi moriatur, pereat legatum cum eo; ſi alienet vel manumittatur ſeruus vel filiusfam. emancipetur, legatum eos ſequatur, eodem modo quo hæreditatis delatio §. *alienus quoque. inſtit. de hæred. inſtit. l. ſi vſusfructus* 14. §. *vlt. Quand dies leg. ced. leg. cum in annos* 11. *de annu. leg.* Sic intelligimus id quod Modeſtinus ait *in leg. penult. de capit. minut.* Legatum in annos relictum vel ſi habitatio legetur, morte quidem legatarij intercidere, quemadmodum vſumfructum ſcilicet, cui in eo ſimile eſt: capitis diminutione tamen interueniente perſeuerare; aliter quam vſumfructum ſcilic. Quia tale legatum in facto potius quam in iure conſiſtit, inquit. Hoc intelligendum eſt ante ceſſionem diei, inquam, & de futuris tantum non de præteritis, quorum dies ceſſit, quæ per diei ceſſionem iuris ſeu emolumenti facta ſunt. De quibus regula iuris eſt, quæ mortuis nobis ad hæredem noſtrum tranſeunt, tranſeunt autem aut tranſire poſſunt ſtatim atque eorum dies ceſſit, eorum commodum per nos his quorum in poteſtate ſumus, eodem caſu acquiri *l. qua legatus. de reg. iur.* Sic etiam habemus qui ad eam ſiue quæſtionem ſiue obiectionē reſpondere poſſimus, cur legatum annuum in facto potius quam in iure conſiſtat, cum in dādo conſiſtat. Legatum annuum ideo facti cum in dando conceptum ſit, hæres quot diebus, quot menſibus, quot annis Titio dena dare damnas eſto, datio vero eius pecuniæ & cuiuſque rei legatæ vtique iuris ſit: in ea enim continetur omnino dominium. *l. vbi autem* 75. *in fin. de verb. obligat.* Omne legatū conditionale, inquam, ante euentum conditionis ſeu ante diei ceſſionem facti eſt tantum & citra effectū iuris: quia nondum debetur, nondum pertinet, nondum defertur: hic vero ſingulorum annorū legata conditionalia ſunt excepto primo primive anni legato vt diximus. Supereſt vt videamus cur igitur ſtipulatio æqui annuorum vel mēſtruorum vel diurnorum diem non faciat, tamē plures ſtipulationes ſed

vnam

vnam tantum? *l. ſi Stichum 16. §. 1. de verbor. oblig. l. Senatus de mort. cauſ. donat.* Cur temporũ diuiſio legatũ diuidere poteſt, ſtipulationẽ nõ poteſt? ratio eſt in *l. ſi ſeruus. 21. & l. vſusfr. 26. de ſtipulat. ſeruor.* Stipulatio pura ſuſpẽdi non poteſt, legatũ vero quamuis purũ, poteſt: quia legatum ſuſpendi poteſt, ideo per interualla temporis diſtingui & in ea diſtribui poteſt, ꝙ nõ poteſt ſtipulatio, quæ ſuſpendi nõ poteſt. Pone & petitionẽ ex ſtipulatione ſuſpenſam eſſe, puta ſtipulationẽ conditionalẽ eſſe: decernendũ eſt tamẽ iam ab initio an valeat. ita vt ſi remota condicione non valeret, conditionis adiectio efficere non poſſit quo magis valeat: quia ex præſenti tempore omnino vim accipere debet, *dicit l. vſusf.* Stipulationis tẽpus vnicum eſſe poteſt, nempe initium *l. ſi filiusfam. 78. de verbor. obligat.* Quæcunque igitur annua vel menſtrua vel diurna ex ea ſtipulatione vnquam præſtanda erunt, ea ad initium ſtipulationis referenda, cogenda & retrahenda erunt, neque aliud tempus aliamue originẽ habere poſſunt. Ad quod temp' redacta vagari aut pro varietate ſua varias ſtipulationes facere non poſſunt: contra in legatis. Legata. n. ſingulorũ annorum, &c. non altius referuntur quã ſingula ad initiũ ſui anni: quo tempore demũ ſua cuiq; diei ceſſio eſt. *l. nec ſemel 12. Quand. dies leg. ced. l. 4. de annu. leg.* Si vis rationẽ huius diuerſitatis omniũ primã, non alia eſt quã quod legata ab initio imperfecta ſunt. In legatis vt nec in toto teſtamento dum teſtator vixit, non ſic obligauit, non egit cũ legatario, cui abſenti & ignoranti legauit, reliquit; qui legatarius ideo cũ ſcierit, legatum repudiare poterit, quia hactenus voluntas eius legato defuit. Sic legata & fideicommiſſa & omnino teſtamenta pedetentim perficiuntur initio facto à teſtamenti ſcriptura, deinde alio gradu expectata morte teſtatoris, tum conditione quæ legato vel fideicommiſſo vel hæredis inſtitutioni adiecta eſt: poſtremo voluntati hæredis vel legatarij vel fideicommiſſarij. Stipulatio vero ſtatim perficitur conſenſu & verborũ conceptione, qui conſenſus & verborũ cõceptio reliqua omnia ad ſe trahunt. Tempus quoq; ſtipulationis ſequentia tempora ad ſe reuocat: Et ita quod per ſtipulationem promiſſum eſt de annuis & cæteris præſtationibus tametſi infinitis, id promiſſor non reliquit vllo momento penes ſe aut in medio; ſed continuo præſenti ſtipulatori de eo dãdo ſe obligauit: nec ſtipulator repudiare vnquã poterit quod ſemel ſtipulatus eſt; quia quod ſemel placuit, am-

plius

plius diſplicere non poteſt, *l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem ſuam de legat. 3. l. vltim. quib. mod. pign. ſolu.* Hinc habemus ſtipulatori non licere ſeparare cauſam præſtationum annuarum. Denique ſummo iure hæc vna & perpetua ſtipulatio eſt, quam ſtipulator moriens transmittit ad hæredes, *§. at ſi ita. inſtit. eod. titul.* Legatario contra non aliter licet accipere quoque anno quam ſi capax ſit, quaſi vnoquoque annuo per ſe & ſolo legato. *Vnde quæri poteſt ſi vſusfructus cui per ſingulos dies legetur,* &c. Quotiens res in legato plures exprimuntur, plura legata ſunt, *l. 2. de legat. 2.* Hic vero non minus plures vſusfructus expreſſi ſunt quam ſupra decem in dies vel menſes vel annos ſingulos. Et in iſta igitur etiam ſpecie vſusfructus ſimilis eſt proprietati, & quemadmodum qualibet re in diem vel menſes vel annos relicta plura legata eſſent, ita vt ſi vſusfructus ſic legatus ſit. Sequitur *& ita lib. 4. ff. Marcellus probat in eo cui alternis diebus vſusfructus legatus ſit.* Alternis diebus ſcilicet, quid aliud eſt quam in alternos dies, id eſt in binos dies vſumfructum vnius diei, vel ſecundo quoque die vſumfructum eius diei legatum eſſe. Vſusfructus res diuidua eſt vt proprietas, ideoque legatus in computationem legis falcidiæ venit: adeo vt ſi duobus legatus fuerit, ipſo iure ad ſingulos partes pertineant, *l. 1. §. ſi vſusfructus, l. ſed vſusfructus, 81. ad leg. falcid. l. 5. de vſufr.* Itaque non mirum eſt ſi temporibus quoque diuidi & diurnus vel menſtruus, vel ann. vel quod eadem ratione fit alternis diebus, vel menſibus, vel annis legari poſſit: cum & vſus, cuius pars legari non poteſt, *l. vſus 19. de vſu & habitat. l. 5. §. vlt. commod.* Sic diuidi & legari poſſit, vt duo legatarij alternis annis quaſi alterni legatarij vtantur. Id quidem nō reperio de vſu, ſed reperio de ſeruitutibus ruſticorum prædiorum *in l. 5. de ſeruitut.* Vſus ſeruitutum temporibus ſecerni poteſt, inquit, forte vt quis poſt horam tertiam vſque in decimam eo iure vtatur, vel vt alternis diebus vtatur. Si vſus ſeruitutum quæ vtique per ſe, non minus quam vſus indiuiduæ ſunt, temporibus tamen diuidi poteſt, vtique vel magis vſus rei corporalis ſic diuidi poteſt. Sequitur *& ideo ſi is fructus legatus ſit, qui quotidie percipi non poteſt, non erit inutile legatum: Sed dies habebunt legatum quibus frui poteſt.* Si legatus ſit vſusfructus alternis diebus vel menſibus vel annis plura ſunt legata ab ipſo teſtatore facta: Si vero legauerit vſumfructum ſimpliciter, ſed eius rei quo non ita quotidie, ſed alternis diebus vel menſibus

vel

vel annis fructum habeat, ſic res iſta legatum diuidit, non teſtator. Non erit inutile legatum, ſed hi ſoli dies habebunt legatum, his ſolis cedet tempus legati, quibus frui poteſt. Non poteſt aliter quæque res legari quam qualis eſt per ſe, aut qualis fieri poteſt. Cæterum iſta de pluribus legatis pluribusque diei ceſſionibus eo pertinent, vt ſi legatarius interea capite minuatur, amittat tantum eius diei vel menſis vel anni vſumfructum qui conſtitutus ſit vel cuius dies ceſſerit non etiam futurorum, *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox.*

Ad §. Dies.

HOc ſpeciale eſt vſusfruct. vſus, habitationis nec non libertatis, ne eorum legatorum dies cedat ante aditam hæreditatem, eo quod non transmittantur ad hæredes. Ceſſio diei anteuertit aditionem hæreditatis ſeu acquiſitionem legati, vt moriens legatarius non minus transmittere poſſit quam ſi acquiſierit, neve legatum facto vel mora hæredis pereat: quæ ceſſio finem ſuum amitteret, fruſtra cederet in his legatis quæ non transmittuntur, *l. 2. 3. 5. 8. 9. quand. dies legat. ced.* Nec alia ratio eſt qua hic vtitur cum ait: *tunc enim conſtituitur vſusfructus cum quis iam frui poteſt.* Quorſum ante conſtitui cum etſi ante conſtitutus eſſet, ad hæredem morientis legatarij non transmitteretur. Eadem contrariorũ diſciplina eſt. Nec ſine perſona vſusfructus conſtitui poteſt, & in perſona conſtitutus cum ipſa deſinit. Non magis ſine perſona perſeuerare poteſt quam ſine perſona conſtitui. Tunc conſtituitur, id eſt acquiritur, ſeparatur à proprietate. Quod hoc loco vſurpat pro eo quod ſit diem legati vſusfructus cedere. Fateor quidem non idem eſſe diem legati cedere & legatum acquiri: Sed in vſufructu vt in cæteris perſonalibus ſiue iuris ſiue facti, aio facile diei ceſſionem & acquiſitionem confundi, & vtramque pro eadem vſurpari, poſtquam ambæ coeunt nec ante legati dies cedit quam vſusfructus conſtituatur ſeu acquiratur. Adita hæreditate alias quidem ponitur legatarius quaſi iam à morte vſque teſtatoris dominus fuiſſe: Sed hæc tantum fictio eſt inquam, quæ imaginariam tantum & fictitiam perſonam facere poteſt, qualis perſona frui non poteſt poſtquam vſusfructus ex fruendo conſiſtit. Et ita expectanda eſt aditio hæreditatis ſeu perſona legatarij, quæ reuera frui

Digitized by Google

poſſit cum dies legati cedit. Sequitur *hac ratione etſi ſeruo hæreditario vſusfructus legetur, &c.* De ſeruo hæreditario eadem eſt ratio. Sed amplius habet hoc exemplum quod vera legatarij perſona, quamuis ſeruus tantũ, minus videatur deeſſe adita hæreditate ex eo teſtamento quo vſusfructus ſeruo hæreditario legatus ſit; eo quod vſusfr. ex facto fruendi quod factum legatarii eſt conſiſtit. Nam quæ facti ſunt, vtiq; in perſona ſerui conſiſtere poſſunt, vt conſtat ab exẽplo naturalis obligationis, *l nec ſeruus 41. de pecul l ſi quod 64. de cond indeb.* Sed ita res eſt, merum quidem factum in perſona ſerui conſiſtere poteſt vt ire agere ambulare, nec non alimẽta, *l. ſeruo 113. de legat. 1. l. ſeruus 16. de annu. legat. l. is cui 11. l. 17. de aliment. l. 3.* de his quæ pro non ſcript. vti vero frui non meri facti eſt, imo etiam & quidem plurimum iuris, quod in perſona ſerui conſiſtere non poteſt, plurimum iuris: id patet primum ex definitione vſusfructus: eſt ius vtendi fruendi, &c. deinde totum rei emolumentum continet, *l. Mauius 66. §. penult. de legat.* 2. cuius emolumenti per ſe capax non eſt. Vſusfructus non iure ſingulari vt alimenta quæ conſumuntur in perſona eius cui legata ſunt nec patiuntur exitum ab ea, ſed communi iure ſtat, quo iure omnium quæ ſeruo vel filiof. acquiruntur, emolumentum domino vel patri acquiritur, l. 1. ſi à parent. quis manumiſſ. Factum fruendi quidem factum eſt, ſed quod emolumentum coniunctum & continuum ſecum habet. Fructus enim ſtatim vt percepti ſunt pleno iure vſufructuarij fiunt, quod ius non magis in perſona ſerui conſiſtere poteſt quam hæreditas adita vel fundus. Itaque etſi adita ſit hæreditas ex teſtamento quo vſusfr. ſeruo hæreditario legatus ſit, non cedit tamen dies legati ante aditam hæreditatem cuius ſeruus eſt hæreditarius. Cætera legata hæreditati iacenti acquiruntur ipſo iure ſcil. quemadmodum cuilibet ignoranti ſeu per ſe ſeu per ſeruum, vt conteſtati ſumus *in l. 1. §. 1. ſupra. tit. prox. & in §. item nobis inſtit. per quas perſon. cuiq; acquir.* Legatum vero vſusfr. non acquiritur iacenti hæreditati: quia tunc demum conſtituitur, id eſt acquiritur vſusfructus cum quis frui poteſt, quod non poteſt ſeruus hæreditarius qui ſine domino eſt, *l hæreditas 61. de acquir. rer. dom.*

Ad §. Si ex die.

IN legato proprietatis etiamſi ex die id eſt poſt diem certum relictum ſit, non eo minus ſtatim à morte teſtatoris eius dies cedit, *l. 5. l. ſi dies 21. quand.*

quand. dies legat. ced. Idem etiam in primo eorum legatorum quæ in ſingulos dies vel menſes vel annos relicta ſunt, etiamſi in alimenta ſint relicta. Id enim purum eſt eiuſq; dies ſtatim à morte teſtatoris cedit vt ad hęredem transmitti poſſit, *l. nec ſemel 12. §. item Celſus. quand. dies leg. ced. l. 4. de annu. legat.* Cętera futurorum dierum vel menſium vel annorum conditionalia ſunt hac conditione ſi vixerit & capere poterit is cui relictum eſt. Quorum tamen ſingulorum non minus quam primi tempus cedit initio diei vel menſis vel anni cuiuſq; ſui deinceps futuri: adeo vt ſi poſt ceſſionem mortuus ſit legatarius, id tranſeat ad hæredes etiamſi nondum adita ſit hæreditas, *dict. l. 4. d. l. nec ſemel.* Contra in vſufructu ex die ſeu poſt diem certum legato: quamuis adita ſit hæreditas, non cedit dies ante aduentum diei: eadem ratione qua ſuperius, quia tunc demum cōſtituitur vſusfructus cum quis frui poteſt. In alio legato talis diei adiectio legati quidem petitioni moram faceret, ceſſioni diei non faceret: in vſufructu vero etiam diei ceſſioni moram facit, quia expectanda eſt perſona quæ frui poſſit, quæ nō deeſt quidē ſed fruſtra, non deeſt vel deeſſe cēſetur poſtquam petere non poteſt. Sequitur, *poſſe enim vſumfr. ex die legari & in diem conſtat.* Hoc ad differentiam ſeruitutum prædiorum, quæ ipſo iure neque ex tempore neque ad tempus neque ſub conditione neque ad conditionem conſtitui poſſunt, *l. 4. de ſeruitut. vſusfruct.* legari poteſt ex die, in quo proprietati ſimilis eſt, quaſi non minus hic extet quā proprietas ſeu res corporalis, quæ ante tradi poſſit, quam accipiētis fieri poteſt in diē legari, quod contrariū habet proprietati. Nam cū dominiū ſit, ius iuris autē omne perpetuum ſit, nemo ſemel dominus factus tempore deſinere poteſt eſſe dominus, *l. nemo 55. de legat. 1. l. 44. §. 1. de oblig. & action.* habet vero tutelæ ſimile. Sic enim tutor teſtamento in diem dari poteſt, quia vſufructuarius vt tutor æque nō ſunt domini: ſed in vtroq; vſusfr. ſeruitutibus prædiorum contrarius eſt, hæ non poſſunt conſtitui ex die quia non extant per ſe vt proprietas, quo ante dari poſſint quam conſtituantur vel accipientium fient. Non poſſunt in diem conſtitui, in eo ſimilis proprietati, quia ſcilicet poſtquam cōſtitutæ ſunt & ſic dominantium fundorum acceſſiones factæ, eorum naturam ſequuntur, quæ natura vtique præſtat fundos eſſe perpetuos. Sequitur *non ſolum autem vſusfructus ante aditam hæreditatem dies non cedit ſed nec actio de vſufructu.*

Digitized by Google

Fundo pure vel ex die legato, diei ceſſio quæ fit ſtatim à morte teſtatoris valet ad duo nempe vt legatū tranſmitti poſſit ad hæredem, deinde vt computetur iam actio quaſi iam à morte teſtatoris nata: quia ſcilicet ſi agi non poteſt, id fit tantum tarditate hæredis aditionem morantis, quæ non debet ei prodeſſe aut legatario nocere. Itaque quandoque poſt adita hæreditate acquiſitio legati retrahitur ad tempus ceſſionis diei & ex eo tempore computatur legatario dominium rei legatæ vel actio ſiue in rem ſiue in perſonam ad eam petendam. Si enim legatarius ex morte domini debet videri dominus rei legatæ, debet etiam videri ex eodem tempore actionem habuiſſe qua eam rem petere potuerit: ita vt ſi perſonæ eſſent inter quas agi poſſet, etiamſi male ageretur ante aditam hæreditatem, nonnihil tamen ageretur, perinde ac ſi ante diem vel conditionem ageretur ex ſtipulatu vel alio contractu: adeoque iſto iure plus petendo legatarius cauſa caderet, *§. plus autem, inſtit. de act.* Denique exceptis perſonis quæ deſunt omnia ſtipulationi in diem, vel ſub conditione paria ſunt. Vſufructu vero legato contra nihil legatario computatur ante aditam hæreditatem vel diei adiectæ aduentum. Ratio differentiæ eſt quod fundo legato etiam ante aditam hæreditatem per fundum licet vt ſit actio ad eum petendum. Fundus in promptu eſt, quippe in rerum natura iam ante legatum vel teſtamentum vt diximus. Vſufructu vero legato, vſusfructus ipſe ſibi moræ eſt, non tantum quominus peti poſſit, ſed etiam quod amplius eſt quominus eius dies cedat. Tunc enim demum conſtituitur vſusfructus cum quis iam frui poteſt, id eſt non ante exiſtit, aut in rerum natura eſt quam ſimul acquiratur. Hoc igitur rei vitium eſt non hæredis, quod legatario non imputetur vlla actio ad vſumfructum petendum. Quare ſi ante aditam hæreditatem ageretur, male diceretur male agi, potius dicendum eſſet nihil agi, ideoque adita tandem hæreditate iterum agi poſſet. Actio enim quæ nulla fuiſſet cuiusve nulla ratio ponenda eſſet, conſumpta dici non poſſet. Sequitur, *idemque etſi ex die fuerit legatus vſusfructus.* In eo amplificat quod adita hæreditate non deſit contra quem de legato agi poſſit: quo caſu tamen non amplius iuris eſſe vult quam ante aditam hæreditatem. Perpetua illa ratione ſcilicet quia non conſtituitur vſusfructus antequam ſit qui frui poſſit. Hic vero non eſt ante diem ex quo

vſuſ-

vſusfructus legatus eſt, quia dies quamuis certus in his legatis quæ ad hæredem non tranſeunt, non minus conditionem facit quam incertus quamve aditio hæreditatis, *l. 2. 5. quand. dies legat. ced.* Denique ante diem vſufructuarius agens nihil agit, id eſt actionem non conſumit, quia necdum vlla eſt, necdum per diei ceſſionem vlla eius ratio poni poteſt. Quare die poſtea veniente vel impleta conditione iterum agi poterit, *l. bouem* 43 §. *penult. de ædilit. edict.* quamuis alias qui ante diem vel conditionem agit, male agit, id eſt, actionem non conſumat & plus petendo cauſa cadat: quemadmodum caderet in fundo ex die legato, quia non minus dies à morte teſtatoris cederet, *dict. l. 5. & l. ſi dies* 21. *quand. dies legat. ced.*

rent doctores in hac parte iuris ciuilis, ad mentem ICtorum, prurire cœpit animus ſtudio verſandæ & tractandæ rei, ſi forte per diligentiam melius mihi ſuccederet in eo elaboranti, vt detegerem fucos interpretum & in apricum proferrem genuinos ſuccos ICtorum, quibus totum nunc ſeculum fatetur nihil eſſe ſuauolentius, ſucculentius, amœnius. Itaque veni, vidi & me immerſi totum in puros iſtos latices tranſactionum. Egi idem quod in multis aliis partibus iuris ciuilis. Tentaui, lucinam inuocaui vt faueret;& viſa eſt fauiſſe. Concepi, partui proximum tempus eſt. Quæro qui excipiat. Tu vidiſti vir clariſſ. cum fruerer tuo conſpectu. Probaſti & genium habere victurumque eſſe dixiſti. Excipe igitur, inquam, & patronus eſto. Sapit meram iuriſprudentiam. Credo ſi honori non erit (quod mihi inſolens eſſet ſperare vel dicere) certe oneri non erit. Quicquid eſt, ſcio æqui bonique conſulere & pro noſtra amicitia inter tua auocamenta habebis. Reliquum eſt quod te rogo vt me amare non deſinas, quemadmodum te colere atque obſeruare æternum mihi animus eſt. Vale. Ex tua Bibliotheca Bituricenſi 14. Calend. Februar. 1603.

AD

AD TITVL. DE TRANSACTIONIB. COMMENTARIVS LIBELLVS ÆGID. Hortenſio auctore.

TRanſactio eſt contractus incertus, quo reus aliquid præſtat actori, vt is à lite diſcedat. Appellatur contractus in *l. 5. Cod. hoc tit.* Nam quod appelletur & in *l. contractus* 17. *Cod. de fide inſtrum.* id prout Iuſtiniani eſt, nihili facio. Sed etſi nuſquam appellaretur contractus, non dubitarem id aſſerere, his duabus rationibus, quas nemo vnquam mihi euincere poterit. Prima, omnis ſpecies do vel facio vt facias, contractum facit: at omnis transactio fit iſta ſpecie. Altera, omne pactum nudum eſt gratuitum: nulla transactio gratuita. Transactio eſt contractus incertus, id eſt, non certam habens ſubſtantiam, qualem habet emptio venditio vel locatio conductio: In quibus certum eſt quid præſtare debeat emptor venditor, locator conductor, *l. in emptionibus 44. ſup. tit. prox.* Id enim non certum eſt in transactione. Certum eſt quidem quid creditor quive litem minatur, præſtet. Vtique enim hoc pręſtare debet, vt diſcedat à lite. Sed hoc non ſatis eſt ad certum contractum; debet vtraque ex parte certum eſſe: quod in transactione non eſt ex parte debitoris. Omnino in contractibus incertis, quamuis conuentio præceſſerit, tunc demum definiri poteſt tum an alter alteri præſtare debeat tum quid debeat, cum alter occupauerit dare vel facere. Ex eo enim ſimul oritur obligatio actio in alterum qui nondum dedit vel fecit, ſimul declaratur qua de re ſit illa altera quidve ille alter viciſſim dare vel facere debeat. Puta in permutatione, qui dare anteuerterit, is ex ea demum datione alterum obligatum habere incipit: deinde vt res quam dederit ſua fuerit vel non fuerit eamve accipientis fecerit vel non fecerit; Ita & alter tenetur ei ſuam dare vel non dare & accipientis facere vel non facere, *l. 1. infr. de rer. permutat.* Itaque factum vel datio vnius dicitur initium aduerſus alterum obli-

obligationis *in dict. l.* 1. Dicitur vero cauſa & poſtquam ea ſubeſt, ex conuentione obligationem eſſe *in l 2 ſup. tit. prox.* Si cauſa eſt, conſequens eſt poſtquam illa ſubeſt, id eſt poſtquam poſita eſt, poſtquam præceſſit, extitit vel in lucem edita eſt; eam obligationis fundum eſſe, & qualis ipſa eſt, talem obligationem naſci. Certi vero contractus eam dationem idve factum non expectant, non deſiderant neque ad pariendam obligationem actionemve neque admodum eius definiendum: cum vtrumq; ipſo nomine ab initio appareat, & conuentio ſeipſa contenta ſit: Ita vt quæ ſemel nomine ipſo poſita eſt ſiue obligatio ſiue eius forma vel notio, nihil de ea vlla deinceps datione vel facto mutari poſſit: Imo talis datio vel factum neceſſario ſubſequi debeat qualis ab initio fuit obligatio. In contractibus certis datio vel factum vtrinque ſeruire debet obligationi, non contra obligatio dationi vel facto. Obligatio ab initio cauſa eſt dandi vel faciendi, & ſic ſubeſt dationi vel facto. In incertis contra. Huius differentiæ rationem non habeo quo alio conferam quam mores & communem hominum neceſſitatem vel frequentiorem vſum. Non aliam enim adferunt ipſi ICti quam iſtam: *Ita receptum eſt*, inquiunt, *dict. l.* 1. *infr. de rer. permutat.* Omnes conuentiones ſunt iuris gentium: ſed eodem iure aliæ earum non ſteterunt in nomine generis; Imo ad contractum vſque peruenerunt, quod nomen ſpecialius eſt; aliæ ſteterunt in nudo nomine conuentionis ſeu generis; quæ propterea dicuntur nudæ. Sed & earum quæ ad contractum vſque adſcenderunt, quædam amplius proprium & ſpeciale contractus nomen meruerunt, vt emptio venditio & cæteri certi contractus: aliæ in ſolo & generali nomine contractus ſteterunt, qui propterea ex oppoſito eorum qui certum nomen & ſubſtantiam ab initio habent, dicuntur incerti, tanquam certum nomen, certam ſubſtantiam aut formam vel notionem ab initio ſeu à conuentione non habentes. Conſtat nomen generis incertum eſſe, *l. vbi autem* 75. *infr. de verb. oblig.* Cæterum quid intereſt tandem quomodo contractus certus fiat, nomine ipſo ſtatimve à conuentione, an poſtea alia demonſtratione quæ vice nominis ſit? *l. certi* 6. *infr. de reb. credit.* De eo genere eſt tranſactio. Certi contractus ad nomen contractus ſe habent vt ſingula ad ſuum genus, puta vt Scipio Africanus ad hominem. In quo genere manent contractus incerti, ideo-

Digitized by Google

que dicuntur incerti. Vt homo in genere incertus eſt, ita ſunt, donec adieceris certam eius de quo agitur ſpeciem & demonſtrationem, non nominis quidem, quod proprium non habent; ſed aliam quæ vice nominis eſſe poſſit, ex datione vel facto quod ſecutum ſit. Quod perinde eſt ac ſi diceres Scipionem Hannibalem vicit. Et ea ratione tandem certi fiunt. Porro contractum incerti hoc commune habent cum emptione venditione, locatione conductione vt proprie ſint contractus ſecundum definitionem Vlpiani *in l. actionum 25. infr. de oblig. & act.* Vbi dicitur actio ex contractu quotiens quis ſui lucri cauſa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo, locando conducendo & ſimilibus. Sin lucri cauſa tunc demum contractum videri poteſt cum alter aliud dat vel facit, alter aliud. Nam ſi repetatur tantum id quod datum eſt vel tantundem eiusdem generis, vt in mutuo, commodato, depoſito, pignore, rogo quæ ſpes lucri ex eo contractu eſſe poteſt? cum etſi res apud eum qui dedit, manſiſſet, æque idem vel tantundem habiturus fuiſſet. Itaque non adeo proprie ſunt ij contractus quibus nihil amplius actum eſt qua[illegible] & ſine iis actum videretur. Siquidem & ſine vlla conuentione tantundem in eis valere & facere poſſet nuda æquitas ſeu ius naturale per naturalem conditionẽ ſeu rei ſuæ repetitionem, quã conuentio, poſtquam ea non eſt de alia re recipienda quam quæ data eſt, *l. hæc conditio 66. infr. de condit. indeb. l. 1. in fin. tit. ſequ. de condit. ſin. cauſ. l. legem 10. Cod. de pact. l. 1. Cod. de pact. conuent. l. quæ fundum 50. infr. de iur. dot.* Alij vero illi qui lucri finem & cauſam continent, magis proprie contractus ſunt, facit *l. in venditione 60. infra de euiction. l. penult. infra de præſcription. verbor. l. 1. infra de action. empt.* Quo reſpexit & Labeo *in lege Labeo 19. infra de verborum ſignificatione*, cum definiuit contractum vltro citroque obligationem.

Exiſtimo enim eum non aliam intellexiſſe obligationem actionemve quam vltro citroque directam, qualis non eſt in depoſito, commodato, pignore; ſed in emptione venditione, locatione conductione, de quibus exempla adfert. Talis obligatio eſt etiam in omnibus incertis contractibus. Quare nonnunquam videas confundi permutationẽ cum emptione venditione, & actionem empti venditi cũ actione præſcriptis verbis; quæ præſcriptis verbis actiõ communis, eſt omnium cõtractuũ incertorum. *l. 2. cod. de rer. permut. l. 2. cod. de pact. int. emp. & vendit. compoſ.*

Digitized by Google

compoſ. l. 1. infra de præſcriptione verborum. Ex his tenemus duo ſumme notanda, primum in transactione quemadmodum & in cæteris omnibus contractibus incertis conuentionem præcedere debere de dando vel faciendo, quemadmodum proponitur *in l. 5. in princip. infra de præſcriptione verborum.* Nam alioquin conſtare non poteſt de quonam alio dando vel faciendo conuenerit pro alio dato vel facto. Quod communiter exigitur quoque in contractibus certis, in quibus vtrinque datio vel factum eſt, Puta debet prius inter emptorem & venditorem conueniſſe de merce & pretio, antequam quicquam detur. Et ea ratione *in l. vlt. infra de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* In iſta ſpecie dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares, quia conuentio per ſe non præceſſit, non prius tractatus ea de re habitus eſt; Idcirco Celſus ait ſe in id procliuiorem eſſe vt nulla alia ſit obligatio quam ob rem dati re non ſecuta. Cuiuſmodi ob rem dati obligatio non eſt contractus: quia ſcilicet per eam repetitur tantũ quia data eſt pecunia, poſtquam alter Stichum dare non vult. Quæ illius legis interpretatio inter multas multorum interpretum palmaria eſt. Et ſic in transactione oportet prius ita inter reum & creditorem actum eſſe, dabo vel faciam vt à lite diſcedas. Alterum eſt quod huiuſmodi conuentio non ſtatim actioni pariendæ idonea eſt per ſe, donec diſceſſio à lite reipſa ſecuta ſit, id eſt priſtina actio ipſo iure extincta. Idque ex genere cæterorum contractuum incertorum. Quo tamen ne dixeris eos omnes interim pacta nuda. Quid enim? non propterea creditor donationis cauſa litem remittit, ſed vt ſibi detur vel fiat. Et ita in cæteris contractibus incertis. Amplius pacto eſt quamuis nondum perfectus contractus. Pactum nudum ſimile eſt liberis extra legitimas nuptias procreatis, in quibus editionis tempus demum ſpectatur. Nam in donationibus ſpectatur tempus donationis perfectæ, nec vlterius retrahitur donatio. Contractus incertus ante cauſam reipſa ſuppoſitam ſimilis eſt liberis ex iuſtis nuptiis quæſitis. Nam vt illi dum in vtero ſunt iam pro natis in iure cuſtodiuntur, ſic contractus incerti poſt conuentionem ante cauſam reuera ſecutum iam pro contractibus. In contractibus ſemper initium inſpicimus. Contractum intelligo perfectum, quando ex eo obligatio ſeu actio nata eſt. Obligatio eſt perfectio contractus. Quare & confunditur ſæpe contractus cum

obligatione, *dict. l. Labeo, l. omnem 20. infr. de iudic.* Finge igitur inter nos conueniſſe, vt tu mihi decem dares & ego à lite quam tecum inſtitui diſcederem: quandiu nulla reipſa ſubeſt cauſa vel quandiu nec tu dediſti, nec ego à lite diſceſſi; poſtquam nec dum obligatio eſt, ideo nec dum perfectus contractus dici poteſt, ſed tamen nec nudum pactum, quia contractus cauſa factum eſt & contractus formam habet. Nam conuentio omnino dat formam contractui, *dict. l. 7. §. quinimo, ſup. tit. prox.* Sic plerunque dicitur pactum tranſactionis, permutationis, diuiſionis, cauſa factum, id eſt veluti deſignatus contractus tranſactionis, permutationis, diuiſionis, *l. tres fratres 35. l. diuiſionis 45. ſup. tit prox. l. cum proponas 17. Cod. hoc tit. l. 5 Cod. de dolo. l. 3. Cod. de rei permut. l. ſi diuiſionem 15. Cod. fam. erciſc. l. 1. Cod. de pact. conuent. l. ſi inſtituta 27. infra de inoffic. teſtam.* Nonnunquam etiam dicitur pactum conuentum, *vt in l. pacto conuento 15. infr. hoc tit.* quia nondum attigit effectum aut finem contractus, *vt in l. ſi de poſſeſſione 9. Cod. hoc tit.* Denique omnis contractus incertus ea ratione plerunque dicitur pactum vel pactio vel conuentio, *l. in traditionibus 48. ſup. tit prox. l. ſolent 15. infr. de praeſcript. verb.* quod nunquam videas in contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur: quia ſcilicet ab initio perfecti nunquam finibus pactorum ſteterunt. Hæc in principio huius tractatus notanda ſunt de homonimia inter tranſactionem cæteroſq; contractus incertos & pactum nudum: Quæ homonimia etiamnum maxime in tranſactione ſuſpenſos tenet doctores, nondum certos ſcilicet contractus ne ſit an pactũ tantum; vel quatenus contractus ſit, quatenus pactũ tantũ. Atqui nõ dubitant de permutatione & diuiſione. Sic parũ ſibi conſtant. Nã eorũ omnium eadẽ ratio eſt cur ſint vel nõ ſint cõtractus.

Tranſactionem per pactum ſimpliciter definiunt, & male, quia vnumquodque per proximum genus definiri debet. Proximum vero tranſactionis genus eſt contractus incertus. Videndum eſt amplius de contractibus incertis, poſtquam tranſactio bonam ſuæ ſubſtantiæ partem ab his ſumit tanquam à ſuo genere. Omnis contractus incertus ex aliqua vna iſtarum trium formarum vel conuentionum oritur, dabo vt des, dabo vt facias, faciam vt facias, *l. 5. inf. de praeſcript. verb.* faciam vt des, contractum facere non poteſt: quia cauſa faciendi, quamuis ſubſit, non eſt tamen idonea ad pariendam obligationem de dando. Dandi cauſa maior

maior eſt quam faciendi: ideoque dandi cauſa quæ ſubeſt, obligationem ad faciendum parere poteſt; non contra cauſa faciendi quæ præceſſerit, obligationem ad dandum. Quare in iſta ſpecie facio vt des, deficiente omni alia actione, neceſſe eſt deſcendere ad actionem de dolo, qua is qui fecit, alterum cuius cauſa fecit, cogere poſſit ad id præſtandum quod ſua interſit ſe non feciſſe, *dict. l. 5. §. quod ſi faciam.* Quod ſi dandi cauſa vtrinque verſetur, eæ cauſæ pares ſunt inter ſe, Ideoque qui præterierit dare vel modo offerat id quod ſe daturum conuenerit, omnino alterum ad viciſſim dandum id quod conuenit, per actionem cogere poteſt. Nunc igitur videndum eſt quænam iſtarum ſpecierum verſetur in tranſactione: à quo capite initio ducto tractabimus deinceps de his quæ tranſactionis propria ſunt & diuerſa à reliquo genere contractuum incertorum: Hæc ſpecies tranſactionis eſt, dabo vel faciam vt à lite diſcedas. Nempe reus qui conuenitur vel timet ne conueniatur, ad creditorem eumve à quo litem timet, vltro accedit & cum eo conuenit ſe aliquid daturum vel facturum vt ille diſcedat à lite, quod eſt facere, litigare enim res facti eſt, *d. l. 5. § ſed ſi facio, inf. de præſcript. verb.* Ita omnino habendum eſt de principio actionis, cum reus conuenit ſe daturum vt actor à lite diſcedat. Quod ſi vtrinq; factum verſetur, puta ſi conuenerit ex parte rei ſe Romam iturum; non refert vnde fiat initium conuentionis, ſiue à parte actoris, puta diſcedam à lite vt Romam mea cauſa eas; ſiue à parte rei, Romam ibo vt à lite diſcedas: quia vtraque cauſa tantundem poſſet. Sæpius tamen, imo abſciſſe dico reum ad actorem venire & litem deprecari. Id enim, quantum ad ſimplicem tranſactionis cauſam attinet, ex eo conuenit quod actor qui litigare nolit, in id vt abſtineat, conuento reo opus non habeat, non perſona aut conſenſu eius egeat; cum tota lis in manu & poteſtate eius ſit, ab ea abſtinere vel deſiſtere poſſet per ſe & ſine opera rei *l. 5 in fin. infr. de dol. mal. except.* Amplius obligationem actionemve etiam inuito reo remittere poſſit, *l. ſi debitor 91. infr. de ſolution.* Reus vero ſeu debitor contra nihil per ſe poteſt, cum iudicium reddatur in inuitum, *l. inter 83. §. 1 infr. de verbor. obligat.* Rei eſt igitur potius dare vel facere vt actor à lite diſcedat, quam actoris à lite diſcedere vt ſibi detur vel fiat. Quod dico tranſactionem fieri poſſe non ſolum ea ſpecie dabo vt à lite diſcedas, ſed etiam ea, faciam vt à

lite diſcedas; de eo non aliam habeo rationem quam quæ mihi ſuppetit à rei ipſius natura quæ id dictat: nempe quis negauerit facillime accidere poſſe, vt creditor tanti faciat ſua cauſa vel ſibi aliquid fieri quanti ſibi aliquid dari? Id ſatis conſtat ex ratione ſocietatis, vbi admittitur vt pretium operæ artis poſſit velamentum eſſe ſocietatis, *l. cum duobus 52. §. ſi in coeunda, infr. pro ſocio.* Credo neminem de eo ambigere poſſe. Ita ſentio, nec bona fide agere puto cum *l. tranſactio 38. cod. hoc tit.* eos qui eam aut legem aut alias ſimiles ad vnum genus dationis, vel quod ſit inſtar dationis, reſtringunt. *Tranſactio nullo dato vel retento ſeu promiſſo minime procedit*, inquit lex. Retentio quidem dationis loco eſt, *l. 2. & 3 ff. de calumniat. l. vel permutauit 19. ff. de liberal. cauſ. l. qua ratione 9. §. interdum, ff. de acquir. rer. dom. l. quo enim 12. §. vlt. l. amplius 15. ff. rem rat. haber. l. ſi mulier 10. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Sed promitti poteſt etiam quid facti. Venio ad reliqua ipſius tranſactionis propria & ſpecialia ex ſuperiori capite ducta: In quibus nihil dicemus non ſumma attentione dignum: ſaltem nihil vulgare nihil interpretibus hactenus tritum aut notum. Tranſactio multa habet ſpecialia & quidem huiuſmodi quædam quæ prima fronte facere videantur quominus tranſactio ſit contractus. Certe enim contractus non eſt qui obligationem vel actionem non parit. Hæc contractus definitio eſt in *l. Labeo 19. infr. de verb. ſignif.* nempe vltro citroque obligatio. Si igitur vltro citroque obligatio non eſt ex tranſactione, quomodo ei conuenire poteſt definitio contractus? Si definitio contractus non conuenit, quomodo contractus eſſe poteſt? At paucis admodum locis dicitur tranſactio actionem parere. Primo nuſquam toto hoc tit. mentio vlla ex tranſactione actionis. Et Cod. eodem titulo duobus tantum locis, nempe in *l. 6. & l. ſi pro fundo 33.* Quinetiam in *dict. l. ſi pro fundo*, quod datur actio præſcriptis verbis, dici poteſt id non tam ex cauſa tranſactionis eſſe quam ex permutatione duorum fundorum, quæ ibi tranſactionis cauſa facta eſt. Poteſt enim tranſactio excedere terminos diſceſſionis à lite & permutationem recipere ſine tranſactionis detrimento: Maxime cum certa non ſit tranſactionis ſubſtantia. In *dict. l. ſi pro fundo*, permutatio eſt duorum fundorum, vnius de quo controuerſia erat, quem reus retinet quaſi ſibi ab actore datum, ſic quodammodo faſſus eum fundum actoris eſſe: alterius, vero quem pro illo
viciſ-

viciſſim dat reus actori. Ita vt vna ſit tantum dicta l.6. ex qua perſpicue probari poſſit tranſactionem eo argumento contractum eſſe quod obligationem vel actionem directam pariat. Sed ne lectorem diutius moret, notandum eſt creditori tantum ex tranſactione actionem dari poſſe aduerſus reum, qua ſcilicet agat vt ſibi detur vel fiat quod conuenit inter ipſos vel id quod ſua intereſt ſibi id datum vel factum eſſe. Poſtea viderimus de reo, cui nunquam actio datur, ſed tantum exceptio. Sed quam vnquam creditor actionem ex tranſactione habet, eam tunc demum habere poteſt cum à lite diſceſſerit, vt ſupra diximus. Ea demum cauſa eſt quę ex parte eius ſubeſſe & pręcedere debet antequam ex tranſactione agere poſſet. Si ea diſceſſio conſiſteret in faciendo proprie, non dubium eſt quidem quin poſtquam feciſſet actor, is ex tranſactione agere poſſet, *l.5.§.ſed ſi facio, infr. de praeſcript. verb.* Sed diſceſſio à lite conſiſtit magis in non faciendo, nempe in non agendo, non litigando. De quo certum eſſe, quodve certo factum eſſe non poteſt antequam reus ipſo iure liberatus ſit, puta per acceptilationem vel Aquilianam ſtipulationem. Nam quod quis dicat poſſe creditorem Muciana cautione vel quod Mucianæ cautionis inſtar ſit, reo cauere ſe nunquam acturum, id locum habet in his demum quæ ex teſtamento relicta & conditionaliter expreſſa ſunt, non in his quæ inter viuos, quæue ſub modo expreſſa ſunt, *leg. Mutiana 7. infra de condit. & demonſtr.* Alioquin reo de diſceſſione à lite non certo, non videtur creditor id quod ſuarum partium eſt, impleuiſſe. Nam qui hodie non egit vel nõ litigauit, cras agere vel litigare poterit. Ea ratione antiquitus ſolitum erat pacto tranſactionis Aquilianam ſtipulationem ſubiici, vt crediter ex tranſactione ſtatim agere poſſet, *l. pacto conuento 15. infr. hoc tit.* Vbi vero non ſubiiciebatur, nullus videbatur priſtino actori modus ex tranſactione agendi; quaſi ſcilicet is nunquam ſuas tranſactionis partes impleuiſſet. Quamobrem in *l. ſiue apud 28. Cod. hoc tit.* tranſactio dicitur tantum pactum, & ex eo non potuiſſe naſci actio. Quod ita intellige, quamdiu ſcilicet actor de vindicatione ſuper qua tranſactum eſt, reum non certo liberaſſet vel tranſactioni ex parte ſua non ſatisfeciſſet, *pendente rerum vindicatione,* inquit, *ſi exceptio pacti oppoſita fuerit,* &c. Pendente rerum vindicatione non poteſt actor videri eas res dediſſe. Itaque non poteſt quaſi

dederit

dederit aut tranſactionem impleuerit, ex tranſactione actionem habere. Eiuſdem ſententiæ eſt *l.cum proponas* 21.*Cod.de pact.* Cæterum non eo minus tranſactionem contractum eſſe quod ex parte creditoris opus ſit acceptilatione, vt ex tranſactione agere poſſit, ex eo ſatis liquet quod acceptilatio adeo nihil eo conferat, vt potius obligationi quæcunque ante fuit tantum diſtrahendæ & ſoluendæ comparata fuerit. Itaque in *l. cum mota* 6. *Cod. hoc tit.* ſine acceptilatione actionem creditori datam videas eo tantum quod eo caſu qui proponitur, non minus ſine eadem acceptilatione diſceſſum ſit à lite quam cum acceptilatione, nec minus extincta ſit obligatio ipſo iure. Agitur enim de querela inofficioſi, quæ quodammodo iniuriarum actio eſt. Exhæredatio enim filij vel cuiuſcunque exhæredati, dicitur eius iniuria, Ideoque patrem inofficioſi querelam filij nomine inſtituere non poſſe inuito filio, *l. Papinianus* 8. *in princ.infr.de inoff.teſtam.* Quemadmodum nec iniuriarum actionem ſcilicet:quia filiusf.eam ſuo nomine exercere poteſt, *l filiusf.*9.*infr.de obligat.* Eodem ſenſu exhæredatio dicitur filij indignatio *in l.filius* 22.*infr.de inoff. teſtam.* Præterea quemadmodum actio iniuriarum magis vindictam contumeliæ & doloris perſequitur, quam pecuniæ, tametſi lis pecuniariter æſtimetur, *l.*2.*§.emancipatus,inf.de collat.bonor.* Ita querela inofficioſi principaliter doloris & notæ exhæredationis quam pater filio immerito inflixit, potius quam hæreditatis ſeu pecuniæ cauſam agit. Qua ratione fit, vt quemadmodum iniuriarum actio non computatur in patrimonio cuiuſquam ante litem conteſtatam, *l. iniuriarum* 13. *&* 28. *infra de iniur.l.pœnales* 32.*infr.ad leg.falcid* Ita nec querela inofficioſi, *l.*1. *§.ſed ſi puta infr.ſi quid in fraud.patr.* Amplius quemadmodum iniuriarum actio diſſimulatione & renunciatione aboletur, *l. non ſolum* 11.§.1. *infr. de iniur.* Ita & querela inofficioſi, *dict.l.Papin.* § *ſi quis poſt rem, infr. de inoffic. teſtam. l.*1. *Cod. de in integ. reſtitut. minor.* Poſtremo etiamſi mota fuerit iniuriarum actio, tamen per pactum vel tranſactionem ipſo iure tolli poteſt, *dict.l.non ſolum* 11.§.1.*l.ſi tibi* 17.§ 1.*ſup.tit.prox.* Ergo & querela inofficioſi, *dict.* §. *ſi quis poſt rem.* Vbi dicitur ſi quis poſt rem inofficioſi ordinatam litem dereliquerit, poſtea eum non audiri. Quod ſi non auditur ne is quidem cui iniuria facta quive exheredatus eſt, non mirum eſt ſi non audiatur eius hæres, *l. nam etſi.*§.1.*inf.de inoffic.teſtam.l.ſi eum* 10. §. *qui iniuriarum,*

Digitized by Google

riarum, ſup. ſi quis cantion. de quo hærede agitur in *dict. l. cum mota.* Nam in huiuſmodi rebus vtique non plus conceditur hæredi quam ipſi à quo primum cœpit ius, *l. cum hic ſtatus* 32 *§. ait oratio. inf. de donat. int. vir. & vxor. l. 3. infr. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen. l. 1. §. ſi defunctus, inf. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt ſin. decret.* Differentia tamen videtur & certe eſt inter querelam inofficioſi & actionem iniuriarum, in eo quod iniuriarum actio nullam admittat diſtinctionem inter pactum & tranſactionem; quia ſiue pactum ſit nudum ſiue tranſactio, æque vtroq; actio iniuriarum tollatur ipſo iure, *d. l. non ſolum, §. 1.* querela vero inofficioſi certe admittat. Nam ſi exhæredatus qui litem de inofficioſo inſtituit, nudo pacto, id eſt gratis eam remiſerit vel dereliquerit ſiue renunciauerit, nunquam audietur deinceps volens eam repetere, *d. l. Papin.* 8. § *ſi quis poſt rem,* quia nihil cauſari poteſt, nihil excuſare quominus cõtra pactum, vel factum ſuum facere videatur. Si vero non gratia, ſed aliquo promiſſo, ꝙ poſtea reus vel eius hæres præſtare nolit, lis ab exhæredato reſtitui poteſt tũ aduerſus eum qui tranſegit tum aduerſus eius hæredem, *l. ſi inſtituta 27. infr. de inoff. teſt.* non poterit tamen ab hærede exhęredati, ſi exhęredatus non reſtituerit, *d. l. cum mota,* & ita *d. l. ſi inſtituta, cum d. l. cum mota,* componenda & concilianda eſt.] Eodem modo ſi exhæredatus nondum querelam inſtituerit, ſed tantum præparauerit, puta ſi quomodo oſtenderit ſe agere velle, *l. 6. §. vlt. cum l. ſeq. inf de inoff. teſt.* quamuis animum mutauerit per ſe, nihilominus ipſe poſtea agere poterit, quod hæres eius non poterit, *l. nam et ſi 15. §. 1. inf. de inoff. teſtam.* In quo hoc diuerſum à iure communi eſt & querelæ inofficioſi proprium. Nam iure communi idem hæredi licet quod defuncto licuit, *l. ſicut 8. §. ſi debitori, inf. quib. mod. pig. vel hypot ſol. l. 1. C. de cond. ind.* Sed diſtinctio quã dedimus in querela inofficioſi inter tranſactionem & pactum nudum, iuris communis eſt & in omnibus litibus locum habere debet, *l. 4. C. de pact. l. ſi maritus* 15. *§. ſi negauerint, l. mariti 29. §. plectitur, inf. ad leg. Iul. de adul.* & excepta tantum varietate quam poſuimus inter perſonam exhæredati & eius hæredis, quæ locum non habet in iure communi, ſed ibi tantum vbi actio iniuriarum aut ſimilis eſt, vt in *dict. l. cum mota, & dict. §. ſi negauerint.* Cæterum quod ad propoſitum attinet, hoc tenendum eſt ſi huiuſmodi actio eſt, quæ quamuis per pactum nudum vel tranſactionem remiſſa ſit, reſuſcitari non poſſit, quicunque

Digitized by Google

is eſt, qui reſuſcitare non poteſt, ſiue ipſe qui tranſegit ſiue hæres eius; eo ipſo quod reſuſcitare non poſſit, quaſi ſic à lite omnino diſceſſerit & tranſactioni pro parte ſua paruerit & aduerſarium de priſtina actione ſeruum fecerit, eum præſcriptis verbis ex tranſactione agere poſſe aduerſus priſtinum reum vt det vel faciat quod viciſſim conuenit eum daturum vel facturum, vel id quod actoris intereſt id datum factumve eſſe. Iis probo diligenter videndum eſſe ſicubi negetur creditori ex tranſactione actio, ne ideo ſtatim hanc contractum eſſe negemus, quaſi hoc vitium eius ſit, quod non eſt, ſed potius creditoris qui ipſe contractui non paruerit vel potius rei ipſius ſeu diſceſſionis à lite quæ in non faciendo conſiſtit, cui plene ſatisfieri non poteſt in tota vita actoris. In quo nihil non commune eſt omnibus incertis contractibus qui initium obligationi præbent à re demum ſecuta. Itaque *in l. ſiue apud 28. Cod. hoc tit.* Vbi creditor nondũ à lite diſceſſerit ita vt reum ipſo iure liberauerit, videas dici rerum vindicationem qua ante agebatur, adhuc pendere, creditorique eum vnicum modum ſupereſſe quoad obſequium placitorum aduerſarium ſuum vrgere poſſit. Eam enim integram eſſe. Quod ſi reus ex pacto tranſactionis excipiat, creditorem de dolo vel in factum replicare poſſe: quia videtur in dolo vel ſaltem beneficio tranſactionis indignus eſt qui ei parere non vult. Quantum ad creditorem, is in dolo non eſt, etiam ſi agat contra eam. Agit enim poſtquam ceſſando expertus eſt moram aduerſarij. Quod ſi amplius ab eo præſtandum eſſet, puta aliquid amplius in continenti conueniſſet, vt nihil non poteſt, modo æquum & bonum; Id certe niſi præſtaret, exceptioni aduerſarij reſpondere aut replicare non poſſet. Sed poſtquam nihil amplius poteſt aut debet quam ceſſare aut non litigare, non exigitur vt diutius ceſſet: ſatis eſt aliquantiſper ceſſaſſe, quanto tempore ſcilicet potuerit aduerſarius id dare vel facere quod conuenit: ne alioquin, quod iniquum ſit, creditor nunquam ad ſuum peruenire poſſit, neque actionem ex tranſactione habens, & priſtina actione per tranſactionem excluſus. Cæterum aliquod tempus expetere & ceſſare debet quanto ſcilicet reus dare vel facere poſſet, id quod conuenit, intra quod tempus ſi agat creditor, exceptionem habet reus quamuis non offerat; qua de re interpretor *L. ſi maior 36. Cod. hoc tit.*

Venio

Venio ad partes eiusdem rei vt videam minuſne an magis ei detur actio ex tranſactione quam priſtino actori, ſi forte actor nolit diſcedere à lite, cum ipſe reus paratus ſit id præſtare quod ex tranſactione conuenit. Operæpretium eſt videre nuſquam in toto iure actionem ei dari. Non eſt ſcilicet cui bono detur quam quo priſtinum creditorem cogat à priſtina lite diſcedere vel vt ſibi ſoluat quanti ſua intereſt. Non aliud enim in tranſactione eſt.

Atqui quo aduerſarium id cogat, actione ei opus non eſt: cui rei ſcilicet ſufficit aduerſus agentem exceptio. Si vlla huic rei actio neceſſaria eſſet, hanc negatoriam deque iure alieno eſſe oporteret, nempe talem, creditori non deberi id quod ille intenderet, aut non eſſe ei ius petendi id de quo inter eos tranſactum eſſet. Quod actionum genus in controuerſiis rerum corporalium proditum non eſt, §. *æque ſi agat, inſtit. de action.* Quare neque hoc vitium eſt tranſactionis, nec eo minus ea contractus eſſe videri poteſt quod eo caſu actionem non pariat. Hoc vitium potius rei eſt qua de agitur, quæ actionem non patitur. Quanquam quid hoc vitij eſſe poteſt cum tantundem præſtat exceptio quæ datur, quantum actio? & vero commodior eſt exceptio poſtquam adiunctum habet commodum poſſeſſionis, §. *retinendæ, inſtitut. de interdict.* Debitor ſemper poſſeſſor eſt, *dict.* §. *æque ſi agat.* Et omnino in controuerſiis rerum corporalium aduerſus quencunque agimus, eum agendo poſſeſſorem facimus, *l.* 1. §. *in operis, l.* 5. § *meminiſſe. inf. de oper. nou. nunciat.* Eadem igitur ratione tranſactio non parit actionem reo qui dedit vel fecit, vt à lite diſcederetur, qua dominium non parit vindicationem domino eidemque poſſeſſori, ſed tantum non poſſeſſori: quia nunquam poſſeſſori datur vltro actio. Sufficit enim quod poſſideat, *l.* 1. §. *interdictum autem, infra vti poßid.*

Eadem ratione qua lex falcidia non parit hæredi de quarta parte ex legatis deducenda, quamuis ipſo iure tanto minuat legata: quia ſcilicet & ipſe hæres poſſeſſor eſt rerum hæreditariarũ, *l. Plautius* 49 *l. in quantitate* 73 §. *vlt. infr. ad leg. falcid. l. ſi ſeruus* 108 §. *Stichum, infr de legat.* 1. *l.* 1. *in princ. infr. quod legat.* Quod ſi vllo caſu non poſſideat, ſtatim datur in rem actio, vt in *l. lineam* 26. *ff. ad leg. falcid.* Eadem ratione qua *in l.* 2. *Cod. de his qu. ſub mod.* non datur petitio fideicommiſſi ei à quo debitum exi-

gere vetitus eſt hæres iſve qui legatum vel fideicommiſſum eo onere à teſtatore accepit; ſed tantum exceptio: quamuis regulariter detur petitio omnibus aliis ſcilicet qui non poſſident: Eodem pertinet *l. vlt. inf. de dolo. l. 1. §. ſi reus. ſupr. de eo per quem factum erit quom qu in iudic. ſiſt.* Eo demum caſu reus qui tranſactioni paruerit, actionem habere poteſt, quo non habita ratione ſuæ exceptionis aut ſi eam non oppoſuerit, condemnatus ſit. Nam ſtatur quidem rei iudicatæ propter eius auctoritatem, quãuis hæc cõdemnatio iniqua ſit, *l ſi patronus 12. §. ſi quis cũ eſſet, inf. de bõ. lib.* Sed condemnatus repetitionem eius habet quod propter tranſactionem dedit, *l. eleganter 23. §. ſi quis, infr. de condict. ind.* Cæterum iſta repetitio actiove ex tranſactione non eſt: Imo ei contraria eſt eamque deſtruit & reſcindit: Ita enim redditur quaſi ob cauſam datum cauſa non ſecuta, quaſi ob tranſactionem datum tranſactione non ſecuta, *l. 5. §. 1. infra de præſcript. verbor.* Idque diſerte Vlpianus ait *in dict. l. eleganter 23. dict. l. ſi quis. Non repeti ſolet quod ob cauſam datum eſt cauſa ſecuta*, inquit: *ſed hic non videtur cauſa ſecuta, cum tranſactioni non ſtetur.* Propoſitum noſtrum amplius illuſtrabit, *l. cum proponas 21. Cod. de pact.* Vbi proponitur pactum inter litigatores tranſactionis cauſa factum de ſucceſſionibus diuerſorum fratrum quibusve agebatur, inter eos ex æquis partibus diuidendis. Actio enim ex tranſactione nemini eſſe poteſt ante rem ex parte eius ſecutam, id eſt, ante diuiſionem factam: qua re ſecuta rurſus nulli ex fratribus actio ex tranſactione eſſe poteſt, niſi forte de aliquo pacto quod inter diuidendum factum ſit, *l. pacto 26. Cod. de pact.* Cæterum de diuiſione quæ facta eſt, agi non poteſt: quia diuiſio ab omnibus facta eſt. Diuiſio non poteſt vnius fratris eſſe, cui poſt eam à ſe præſtitam actio aduerſus cæteros dari debeat ad eam viciſſim præſtandam: ſed vel omnium communis vel nullius, *l. diuiſionis 45. ſup. tit. prox.* His omnibus nihil verius nihil certius. Sed dicit aliquis poſtquam tranſactio non alio ſpectat quam quo finiatur lis, nunquid tutius erat ne vnquam de re tranſacta lis reſuſcitari poſſet, ex tranſactione debitori actionem eſſe qua creditorem cogere poſſet ſibi accepto facere id de quo tranſactum eſſet. Optime quidem, inquam, ſi iure tranſigendum id curauerit debitor eique in continenti accepto latum ſit: Idque ita faciendi frequens vſus fuit, vt ſupra diximus *ex l. pacto 15. infr. eod. tit.*

Quod

Quod ſi de eo conuenerit tantum, quamuis in continenti, non vtique tamen de eo actio debitori eſſe poterit, ſed ita demum ſi debitor aliquid dederit vt creditor à lite diſcedat; non etiamſi tantum fecerit. Cauſa enim faciendi, quamuis ſubſit, non idonea eſt ad obligationem de accepto ferendo ſeu acceptilatione exigenda. Acceptilatio numeratur in cauſa dandi, quæ iuris ciuilis eſt, cui cauſæ par non eſt cauſa faciendi, *l. 5. §. quod ſi faciam, infra de præſcript. verb. l. ſpecies* 11. *infra de acceptilat.* Quod ſi ponas debitorem dediſſe vt ſibi acceptum feratur, eo caſu etiamſi tranſactionem ineſſe fatear, non ſimpliciter tamen aut per ſe tranſactionem, ſed ſpecialius tranſactionis cauſa contractum do vt des, eſſe dicam, qui contractus ius & cauſam tranſactionis excedit: quia per acceptilationem res certa & indubitata remittitur, quamuis non gratis. Niſi verum eſt quod in acceptilatione demonſtratur, imperfecta eſt liberatio ſeu acceptilatio, *l. niſi conſentiat 14. infra de acceptil.* Quod non exigitur in tranſactione, *l. in ſumma 65. infra de condict. indeb.* Itaque ſi tantum conuenerit, vt creditor diſcedat à lite, quod minus & ſimplicius eſt & proprie ſeu per ſe tranſactio; Id non extendemus ad acceptilationem, quæ maior ſeu ſpecialior tranſactione eſt & ex abundanti interponitur, *facit l. 6. § 1. in fin. infra de negot. geſt.*

In teſtamentis quidem legatum liberationis interpretatione extendimus vſque ad actionem qua cogatur acceptum legatario facere; *l. cum quis 37. §. nuptura. infra de legat. 3. l. 3. §. nunc de effectu, l. quod mihi 22. infra de liberat. legat. l. dolo 8. infra de dol mal. except.*

Sed in teſtamentis id liberius eſt: quia ea vis teſtamenti eſt, vt ex eo vtique agi poſſit, agi poſſit per ſe, id eſt ſine reſpectu vllius præcedentis cauſæ, de qua quærendum ſit vtrum valeat ad actionem de faciendo tantum an etiam ad actionem de dando: cum nec falſa cauſa quæcunque ſit, legato noceat. Cauſa enim teſtamenti tota liberalitatis eſt, quæ remoto quidem teſtamenti iure, nuda eſſet & nudi pacti vel donationis tantum vim haberet: à teſtamento vero velamentum & ius habet ad omnem omnino actionem. Teſtamentum enim ſibi ipſum ad omnia ſufficit. Conuentiones autem non ita certe aut omnimodo actionem pariunt, non per ſe ſed per cauſam quæ ſubeſt, *l. ſeptima, ſupra de pact.*

Itaque quæſtio an danda ſit ex conuentione actio & quatenus danda ſit, tota pendet ex cauſa quę ſubeſt, id eſt ex cauſa præcedenti: quæ ſi idonea eſt ad pariendam de eo quod conuenit actionem, datur actio; ſin minus, non datur. Ab iſto iure quod naturale eſt & mera æquitas, diſcedere aut diſceſſionem à lite ad acceptilationem vtique extendere nobis non licere arbitramur, etiamſi datum fuerit à debitore, niſi conuenerit, vt acceptum feratur. Notum eſt enim in ea re quæ ex duorum pluriumve conſenſu acta eſt, quam non temere diſcedendum ſit ab eo quod nominatim actum eſt: quia omnium voluntas æque ſpectetur, nec poſſit in tranſactione debitori faueri, aut actio de acceptilatione ſupra conuentionem dari ſine iniuria creditoris, cuius proculdubio non ea fuit, aut videtur fuiſſe cogitatio aut voluntas, *l. non ſolum 31. infr. de oblig. & act.* In ea re autem quæ ex vnius voluntate agitur, puta in teſtamentis, liberius eſt defunctorum voluntatem plenius interpretari & aliquo vſque extendere, *l. plenum* 12. §. *ſed ſi pecoris, infr. de vſu & hab.* Aliud eſt etiam quod Vlpianus *in l. Iulianus 7. § 1. inſ. de dol. mal. except.* Vbi ex Iuliano ait ſi quis eius quem ſuum creditorem putabat, iuſſu pecuniam creditori eius promiſerit, eum non tantum exceptione doli mali ſi conueniatur, ſe tueri poſſe, ſed amplius agere poſſe, vt ſtipulator acceptam faciat ſtipulationem. Hæc enim conditio eſt tantum naturalis ex æquo & bono. Non aliud repetitur quam quod datum eſt, neque ſtipulatio indebita aliter reſtitui poteſt quam per acceptilationem. In propoſito autem agimus de actione quæ directa ſit ex tranſactione, vt pote ex negotio ciuili: qua actione non repetitur quod datum eſt, ſed petitur aliud quod creditorem daturum eſſe conuenit. Ad calcem huius tractatus adiungere lubet quæſtionem de pœnitentia an ea in tranſactione locum habeat vel non, & quatenus. In contractibus incertis regulariter adeo locum habet, vt poſt pactum verbi gratia permutationis cauſa factum, poſſit vnus ſine conſenſu alterius diſcedere à permutatione & nec tradere nec accipere velle id quod conuenerit. Imo amplius qui prius tradiderit, poteſt adhuc pœnitere & potius id quod dederit repetere quaſi ob rem datum re non ſecuta, quam petere id quod ex permutatione eſt. Qui vero accepit, iam pœnitere non poteſt; etſi ex permutatione agatur aduerſus eum, recuſare non poteſt ne det quod conuenit. Et ſane ita

conuenit

Digitized by Google

conuenit poſtquam incertus contractus traditione demum vel facto, ſeu cum cauſa ſubeſt, perficitur, & perficitur tantum quatenus cauſa ſubeſt. Nam dum perficitur ab eo qui ex parte ſua impleuit, æquum eſt in gratiam eius perfectum videri, ſeu vt is actionem aduerſus alterum habeat: non autem contra ipſum itave vt quod alteri dedit eiusve cauſa fecit, reuocare non poſſit, *l. nulla 25 ſupr. de legib. l. 3. §. dua. infr. de Carbon. edict.* Et hæc certa ſunt ex *l. 5. §. 1. & 2. inf. de præſcript. verb.* Qua in re tranſactio multum recedit à ſuo genere contractuum incertorum. Siquidem quantum poteſt, dicitur in ea non admitti pœnitentiam, *l. fratris 10. l. quamuis 39 Cod. hoc tit.* Quod dicitur ex fiducia quæ fuit de prætoris circa lites minuendas ſtudio & diligentia. Id enim ad officium eius pertinuit, *l. quidam 21. in fin infr. de reb. credit. l. ſi cuius 13. §. ſed ſi inter, infr. de vſufr. l. 1. §. in de quaritur, infr. de oper. nou. nunciat.* Et ea re tum reo qui pœnitere velit, negatur repetitio rei à ſe tranſactionis cauſa datæ vel actio de eo quod eius intereſt nō feciſſe id quod eadem cauſa fecit; quam action em reus alioquin certe haberet ex natura contractuum incertorum, *l. cum proponas 17. Cod. hoc titulo*; tum ante dationem vel factum ſeu rem ab eius parte ſubſecutam, ei tamen datur exceptio tranſactionis defendendæ cauſa aduerſus creditorem priſtina actione agentem ſeu tranſactionis pœnitentem, *dict. l. fratris, dict. l. quamuis.*

Ad L. PRIMAM.

PActum eſt duorum pluriumve in idem placitum conſenſus, *l. 1. ſupra tit. prox.* Quæ definitio ſi modo alterutrum iſtorum tollas, placitum vel conſenſus, conuenire poteſt omnibus omnino contractibus. Et ea ratione conuentionis verbum, quod certe nō alio ſenſu accipiendum eſt quam pactum aut pactio, dicitur generale eſſe ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi tranſigendique cauſa conſentiunt qui inter ſe agunt, &c. *vt in dict. l. 1. §. 1.* Sed de ea tam lata & vaſta ſignificatione pacti, detrahendæ ſunt omnes ſpeciales conuentiones, primum eæ quæ proprium nomen habent, qualis eſt emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum & cæteri contractus certi: quia in toto iure generi per ſpeciem derogatur & potiſſimum habetur, quod ad ſpeciem directum eſt, *l. in toto 80. infr. de reg. iur. l. ſeruis 99. §. vlt. infr. de legat. 3.*

*legat.*3. Id eſt eæ conuentiones ſecum ſeu cum ſua ſpecie quæ proprio nomine notatur, auferunt partem generis ſui ſingulæ in locum ſuum, in locum ſpeciei proprium, inquam. Quo tanto deminuitur notio generis ſeu vaſtitas illa ſignificationis quam habet genus pacti. Sic Paulus *in l. ſi peculium* 10. *infra de manumiß. teſtam.* ait ſpeciem de genere eximendam eſſe. Quomodo contractus certi quamuis non appellentur, ſunt tamen pacta; ſed non computanda in pactis, imo de genere pactorum eximenda: adeo vt id genus relinquant à ſeipſis reſtrictum ad ſpeciem ei quam ex diuerſo conſtituunt, contrariam, vt de agnatione & cognatione habes *in l.* 4. §. *cognationis, infra de gradib. & adfinib.* Præterea de generali ſignificatione pacti detrahendæ ſunt incertorum contractuum conuentiones. Quoniam & ipſi ſpecies ſunt nudis conuentionibus maiores. Omnino contractus, ſunt etiam conuentiones ſeu pacta; ſed præterea obligationes vltro citroque, quod pacta non ſunt per ſe. Pacta per ſe non pariunt obligationem. Eo modo fieri poteſt vt quamuis ſit duorum pluriumve in idem conſenſus, non ſit tamen pactum proprie, quando ſcilicet aliud magis ſpeciale nomen habere poteſt ſiue contractus, ſiue quod adhuc ſpecialius eſt, contractus certi. Et ita pactum de quo quærimus, id eſt pactum nudum, reſtrictum definiri poteſt is tantum duorum pluriumve in idem conſenſus qui non ſit obligatio vltro citroque, non vltro citroque datio aut factum, denique non contractus. Pone igitur non eſſe obligationem vel dationem aut factum vltro citroque, ſed vna tantum ex parte: an erit hoc pactum nudum? Minime, inquam, ſi obligatio vlla ex parte ſit. Oportebit quidem ſi obligatio vel datio ſit vna tantum ex parte, eam donationis cauſa factam videri: quare proprium accedit ad pactum nudum. Sed tamen id pactum nudum non recte dixeris. Iſta liberalitatis cauſa quantumuis eſto nulla ad obligationem. Nam ſi nulla alia ſubeſt, recte nullam ſubeſſe dixeris: attamen obligatio eſt, non pactum nudum. Nullum pactum ita ſeparatum à contractibus, obligationem parere poteſt ne vna quidem ex parte; ſed exceptionem tantum, *l.* 7. §. *ſed cum nulla, ſup. tit. prox.* Omnem obligationem pro contractu habendam exiſtimandum eſt, vt vbicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur, &c. *vt in l. omnem* 20. *infr. de iudic.* Sic pactum reſtringitur ad dationem quæ fiat vna tantum ex parte

ſeu

ſeu donationis cauſa. Imo adhuc amplius reſtringendum eſt. Omne nudum pactum fit quidem donationis cauſa, & ſoli dationi ex vna tantum parte conuenit: ſed tamen non omni conuenit: nempe adhuc de genere pacti detrahendum eſt nomen donationis in rebus corporalibus, in quibus donatio non eſt ſine translatione dominij ſeu traditione rei donatæ, *l. inter 38. inf. de mort. cauſ. donat.* Poſtquam vero translatio dominij ſeu traditio rei eſt, iam nudum pactum non eſt, *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Amplius pacto vel conſenſu eſt, translatio dominij vel traditio rei, quæ adeo nudum pactum non eſt, vt pactum ei appoſitum ipſo veluti confinio vel vicinia translationis traditionisve confirmetur & actionem pariat, quomodo contractus fiat, *l. in traditionibus* 48. *ſupr. tit. proxim.* Detrahendum eſt etiam nomen donationis in ſeruitutibus. Nam ſi non magis poteſt contractus vel obligatio ſeruitutum noſtram facere, quam aliquod corpus, *l. 3. infr. de obligat. & action.* Idem multo minus poterit pactum nudum. Iſta omnia remouenda ſunt, vt pactum nudum habeas, quale definitur *in dict. l. 1. ſupr. tit. prox.* Sic pactum exueris omnibus quæ pro velamento ei eſſe poſſint: ſic poſueris pactum quod ſit placitum conſenſus, id eſt, nihil præter pactum vel conſenſum. Quale pactum quocunq; te verteris nuſquam repereris, præterquam in eo quod ſuum eſt quodve debetur, donationis cauſa alteri remittendo ſeu in pacto de non petendo ab eo. Nam in eo demum neque obligatio neque traditio vel quaſi traditio eſt. Et ita tum toto ſuperiori titulo explicatur tum in principio huius definitur. *Qui paciſcitur,* inquit Vlpia. *donationis cauſa rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Videamus nunc quorſum pactum & tranſactio hoc loco opponantur. Nam ex ea certe abſoluemus cognitionem nudi pacti: Imo & tranſactionis. Siquidem ideo opponuntur tantum quod tranſactio propius à nudo pacto abſit quam cæteri contractus incerti. Tranſactio quidem non magis nudum pactum eſt quam quiſquam alius contractus incertus. Æque omnes quodammodo pacta nuda appellari poſſunt antequam cauſa ſubſit vnusve pactum impleuerit, quia non ante actiones pariunt; etiamſi æque omnes iam ab initio conuentionis formam contractus do vt des vel do vt facias vel facio vt facias habeant, ac propterea tanquam contractus deſignati, contractus appellari poſſint, *l. diuiſionis* 45. *ſup. tit. prox.*

Sed tamen quia nudo pacto nominive eius vt differat æque ab omnibus contractibus in genere, reſeruatur ea demum conuentio quæ ſit liberalitatis cauſa, qualis nunquam ad contractum vllamve obligationem peruenire poſſit: Idcirco eſt in quo tranſactio ei ſimilis videatur, in qua vtique etiam lis remittitur: Præter cætera contractus incertos tranſactio hoc ſpeciale & nudo pacto ſimile habet quod vtrunque ſit de obligatione debitove vel alia re ſua remittenda. Hoc ſubiectum vtriuſque commune eſt. Sed hæc differentia eſt quod pacto remittitur certum ſeu de quo nulla lis, nulla controuerſia eſt metuiturve futura: tranſactione vero remittitur incertum & de quo vel lis eſt vel metuitur futura. De pacto nudo igitur notanda eſt duplex differentia, vna qua id communiter & æque ſeparatur ab omnibus contractibus, nempe quod fiat liberalitatis cauſa: altera qua proprie ſeparatur à tranſactione, nempe quod fiat de re quaſi certa & indubitata; tranſactio vero de re quaſi dubia. Rei certæ & indubitatæ hoc tantum ſupereſt, vt ſoluatur à debitore vel remittatur ſeu condonetur à creditore. Si ſoluatur, ſolutio eſt, non pactum; quæ ſolutio proprio & ſuo modo exigitur, proprio modo facienda eſt: de quo ***in l. ſi quidem 24. Cod. hoc tit. l. 6. l. ſi obligatum 13. Cod. de ſolution. l. ſi acceptilatum 19. §. 1. infr. de acceptilat.*** Si condonetur ſimpliciter, hic vnus caſus eſt quo proprie pactum ſit. Solutio & pactum nudum extrema ſunt expedita & immediata in ea re quæ certo debetur, vel de qua non dubitatur: In ea vero de qua lis eſt vel metuitur, hæc extrema non expedita, non immediata, non in promptu ſunt antequam lis finiatur vel res ad liquidum perducatur. Hoc prius eſt, quod ſi per iudicem fiat, res iudicata eſt, ***l. 1. infr. de re iudic.*** ſi vero per conſenſum partium, tranſactio proprie. Hic vnicus tranſactionis caſus eſt, ex eo dictæ quod nec ſoluatur nec remittatur obligatio debitũve, ſed permutetur, & loco illius quod minus certum eſt, reponatur aliud magis certum ex tranſactione. Denique per tranſactionem ita finitur res vt Tenedia ſecuri vel machera Alexandri nodus Gordius: nodus quicunque eſt, potius ſecatur quam ſoluitur: quod proprium eſt partium facere, qui domini ſunt; at non iudicis. Poſtremo valde notandum eſt pactum hoc loco accipiendum eſſe de eo quo remittitur obligatio vnius, obligatio ex vno tantum latere, obligatio non mutua, non vltro citroque, obliga-

tio

tio ex contractu monopleuro, puta ex mutuo vel ſtipulatione: at nō quo remittitur obligatio dipleura ſeu communis, puta ex empto vendito, locato conducto, ſocietate, depoſito, mandato. Siquidem qui re integra per pactum diſcedit ab emptione, venditione, locatione, conductione, ſocietate, depoſito, mandato; perſpicue is nihil donationis cauſa remittit, quia ſic viciſſim ei remittitur, id quod viciſſim debet. Mutua remiſſio eſt, quamuis non conuenerit nominatim, *l. 1. & 5. inf. de reſcind. vendit. l. vlt. inf. de acceptilat.* Denique bonæ fidei ratio ad cuius normam hoc pactum redigitur, omnia vtrinque æqualia deſiderat, *l. ab emptione 58. ſupra tit. prox.*

Tale igitur pluſquam pactum ſimpliciter eſt, licet contractus non ſit. Totius contractus ſolutio eſt ſcilicet, quæ eodem iure nititur quo contractus ipſe. Soluitur enim ipſo iure. Vnde ſi per pactum aliquid ex adminiculis emptionis tollatur ex emptione, quamuis ex interuallo; Id dicitur videri contractu contineri, *in l. pacta 72. infr. de contrah. empt.* Id eſt, id pactum ad id quod detrahitur, detrahendum tantum poſſe quantum ſi ne ab initio quidem adiectum fuiſſet.

Ad l. 2.

SIc loquitur Vlp. quaſi proprie & primum tranſactum ſit negotium de quo lis eſt, ſi per acceptilationem finitum ſit: deinde quamuis minus proprie, non improprie tamen tranſactum dici poſſit, ſi per pactum tantum finitum ſit. Sic plerunque pro re ſubiecta extenditur propria ſignificatio ad minus propriam, *l. 1. inf. de ſuis & legit. hered. l. 7. §. vtrum autem, ſupr. tit. prox. l. ſuccurritur, infr. ex quib. cauſ. maior. §. iniuria autem, inſtit. de l. Aquil.* Videamus igitur an magis proprie tranſactum ſit negotiū, quod per acceptilationem tranſactum ſit, quam quod per pactum conuentum. Per acceptilationem dico quamuis Vlpian. hic Aquilianam ſtipulationem dicat. Aquiliana enim ſtipulatio ea eſt quam continuo ſequitur acceptilatio, vt in *l. 4. infr.* Nec alio ſenſu dicitur Aquiliana. *l. & vno 19 infr. de acceptilat. §. eſt autem prodita, Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Sed ad rem, ſi vera ſunt quæ in præfatione diximus acceptilationem non eſſe de natura tranſactionis, ex qua tranſactione creditor teneatur tantum à lite diſcedere ſeu non litigare, quod facti, acceptilatio vero iuris; tranſ-

actio iuris gentium, acceptilatio iuris ciuilis: falſum videtur proprie tranſactum eſſe vbi per acceptilationem finitum ſit negotium: imo omnino contra quam hoc loco ponitur, proprie tranſactũ id erit de quo pactum conuentum factum eſt. Verum ne diutius morer lectorem, hæc lex ſenſum accipere debet ſecundum locum vnde ducta eſt. Ducta eſt ex lib. Vlp. ad edictum 74. quemadmodum & l. 2. ſup. ſi quis cautionib. quę huic præire viam atque allucere debet. In ea Vlp. *non exigimus reum iudicio ſiſti*, inquit, *ſi negotium propter quod iudicio ſiſti promiſit, fuerit tranſactum, &c.* Quo loco verſimile eſt ita Vlpianum ſubieciſſe vt hoc loco habemus, trauſactum accipere quem poſſe, &c. vbi dicendum ſit Vlpianum tranſactum voluiſſe primo accipi non tam quomodo proprie aut per ſe tranſactio appellatur, quam quomodo reo de quo excuſando agitur, commodiſſimum eſt tranſigi. Reo vero commodiſſimum eſt ita tranſigi, vt ipſo iure liberatus ſit: quomodo vtique liberatus per acceptilationem. Quare ita ſe liberari plerunque curabat reus *dict. l. 4. hoc tit.* vbi Vlp. *& hoc iure vtimur*, inquit & Paulus *in l. pacto conuento 15. infra hoc tit. Pacto conuento Aquiliana* quidem *ſtipulatio ſubiici ſolet*, inquit. Cæterum Vlpianus etiamſi ſic commodiſſimum ſit & conſultiſſimum tranſigi, nihilominus reum deſertorem promiſſionis iudicio ſiſti excuſari hoc loco voluit quamuis non ipſo iure liberatus ſit, ſed tantum per pactum conuentum ſeu per exceptionem. Quo pacto intelligere poſſumus tum pactum nudum & donationis cauſa factum tum tranſactionem contractum. Et ita habendum eſt vbi tranſactio opponitur nudo pacto, ibi pro contractu vtique accipiendum eſſe, vt *in l. 1 ſupr.* vbi vero non opponitur vt hoc loco & plerunque, tranſactionis verbum latius accipi & promiſcue vſurpari quatenus æque ex vtroque exceptio tantum competit de negotio quod ſiue pacto nudo ſiue tranſactione finitum eſt: Idque propterea quod non minus ſiue tranſactione ſiue pacto nudo finiri poſſet lis quam per acceptilationem. Iuxta eſt ſcilicet actionem non eſſe & eſſe eam quæ exceptione elidi poſſit, *l. Marcellus 66. l. nihil intereſt 112. infr. de reg. iur. l. eleganter 7. §. ſeruus, infr. de dolo, l. Fulcinius, §. ſi in diem, infra quib. ex cauſ. in poſ. eat. & hoc tit. quar. rer. act. non det. facit l. 2. l. admonendi 31. in fin. infr. de iureiur. l. quod ſi 21 infr. de dolo, l. 1. in fin. inf. ad Sc Tertyll. l. tranſacta 229. cum l. ſeq. infr de verb. ſignif. l ſi maiores 25. l. cum donationis 34. Cod. hoc tit.*

Nec

Nec alia ratione hic titulus ſuperiori de pactis ſubiectus eſt. Non enim tam per tranſactionem agitur de contractu contrahendave noua obligatione quam priſtina ſoluenda vel lite euitanda. Is debitoris qui primus ad tranſactionem aggreditur, totus ſenſus eſt finis & ſententia.

Ad l. 3.

TRanſactionis vires ſiſtendæ ſunt & coercendæ intra fines eius iuris quod is qui tranſegit, habuit: ne quiſquam ius vel conditionem alterius, ſed ſuam tantum deteriorem facere poſſit, *l. ſoluendo 39. infra de negot. geſt. l. non debet 74. infra de regul. iur.* Ex quo fonte eſt regula quam hoc loco proponit Scæuola, priuatis, id eſt priuatorum ſeu ſingulorum pactionibus non lædi ius cæterorum, *vt in l. ſi vnus 27. §. pacta, l. inter 42 ſup. tit. prox. l. debitorum 25 & l. ſequ. Cod. de pact.* Idem eſt quod dicitur inter alios acta vel iudicata aliis non nocere, *tot. tit. Cod. int. alios act. vel iudic. al. non noc.* Sic tranſactione inter hæredem teſtamentarium & matrem defuncti facta de hæreditate, manifeſtum eſt cur nihilominus ſerui teſtamento manumiſſi libertatem vel legatarij legatum ab hærede inſtituto petere poſſint. Tranſactio enim ab aliis facta aliis ius ſuum auferre non potuit. Sic etiam Vlpian. *In l. ſi ſuſpecta 29. § quamuis, infra de inoffic. teſtam. Quamuis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione res tranſactione deciſa ſit, tamen teſtamentum in ſuo iure manet*, inquit: *Et ideo data in eo libertates atque legata vſquequo falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem.* Scæuola hoc loco ait teſtamentum reſciſſum videri non poſſet. Nullo quidem caſu priuatorum pactionibus vere reſcindi poteſt: quia teſtamenti factio iuris publici eſt, *l. 3. infra qui teſtam. fac. poſ.* Id eſt iure publico ſeu communi certis modis teſtamentum fieri, certis modis reſcindi poteſt: de quibus modis priuatorum conuentio non eſt, vel de quibus nihil priuatorum conuentione immutari poteſt, *l. nec ex prætorio 27. l. neque pignus 45 infra de regulis iuris, l. ius pub. 38. ſupr. titul. proxim. l. Neratius 20. infra de relig. & ſumpt. fun.*

Sed tamen nonnunquam teſtamentum priuatorum pactione aliquatenus reſciſſum videri poteſt, vt in *lege controuerſia 14. infra eod.* Vbi idem Scæuola propter incertum ſucceſſionis admittit vt quiſque

tranſigentium pro parte hæreditatis quam ex tranſactione retulerit, à creditoribus extraneis vtili actione conueniri poſſit. Quo caſu non dubium eſt quin quemadmodum alias reſtituta ex Trebelliano SC^to hæreditate vtiles actiones quæ fideicommiſſario & in fideicommiſſarium dantur, eum loco hæredis conſtituunt; ſic etiam quæ creditoribus in ipſos tranſigentes, iuxta formam eorum tranſactionis dantur, eæ iſtos quaſi hæredes faciant, quaſi ex eorum tranſactione, eorum facto, eorum pacto. Quomodo non poteſt quin reſciſſum videatur teſtamentum, ſaltem pro ea parte hæreditatis quæ legitimo aut quaſi legitimo hæredi eſſet. Hic vero Scæuola ait reſciſſum videri non poſſe, id eſt etſi per tranſactionem apud vtrumque tranſigentium manſerit hæreditas aliqua ex parte, non tamen pro iis partibus ne vtilibus quidem actionibus petenda ab vtroque legata vel fideicommiſſa vel libertates. *Quare quicquid ex teſtamento petunt, ſcriptum hæredem conuenire debent*, inquit Scæuola. Sed notata differentia quæ eſt inter vtramque ſpeciem, reliqua facilia erunt. *In dict. l. controuerſia* agitur de creditoribus hæreditariis, id eſt quibus teſtator debuit iam cum viueret. Hic vero agitur de legatariis & ſeruis teſtamento manumiſſis, quia etſi alias creditorum hæreditariorum loco habentur, *l. hæreditarium 7. infr. de reb. auctorit. iud. poſſ. l. hæreditariarum, infr. de oblig. & act.* non omnino tamen creditoribus pares ſunt. Et in ea differentia eiusve ratione conſiſtit vtriuſque legis intelligentia. Quam rationem oſtendit Papinian. *in l. 3. infr. de pignorib. Creditor legatariis non bene per omnia comparatur*, inquit, *cum legata quidem aliter valere non poſſint quam ſi teſtamentum ratum eſſe conſtaret*. Neceſſe eſt omnia quæ teſtamento relicta ſunt, ab eo pendere, eius cauſam ſequi; ſi valeat, ea valere, ſi non valeat, non valere. Creditoribus vero nullum periculum eſſe poteſt à teſtamento eiusve periculo. Nam ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur defuncto, æque in tuto ſunt, qui de eo quod defunctus eius debuit, æque aduerſus hæredem teſtamentarium & aduerſus legitimum agere poſſunt. Quare minus eis graue eſt propter incertum ſucceſſionis diſtrahi in plures qui ex tranſactione quaſi hæredes, partes hæreditarias acceperunt, poſtquam ſcilicet nihil eis affectu ipſo decedit. Legatarij vero vel fideicommiſſarij & ſerui teſtamento manumiſſi, illud incertum ſucceſſionis vel tranſactionem de qua agitur, ferre non poſſunt.

ſunt. Nam quatenus eos ad legitimum hæredem remittis, eatenus legata, fideicommiſſa & liberalitas eis tollis & ſimul cum teſtamento irrita facis. Siquidem non aliunde ea vim habere poſſunt quam ex teſtamento, quod eatenus tollis & irritum facis. Legatarij igitur, fideicommiſſàrij & ſerui manumiſſi vel hæredem ex teſtamento conuenire debent vel omnino ſuorum legatorum vel libertatum iacturam facere, *l. ſi nemo 9. infr. de teſtam. tut.* Idque ſecundum ius ciuile quod non patitur eundem in paganis & teſtato & inteſtato deceſſiſſe, &c. *vt in l. ius noſtrum 7. infra de reg. iur.*

Ad verſic. Qui in tranſactione.

QVi pro parte tantum bona hæreditaria ex tranſactione habet, ei graue eſt in ſolidum de legatis & libertatibus teſtamento relictis teneri: ſed tamen tenetur, ſecundum regulam iuris quam diximus ex *l. 7. infr. de reg. iur.* Itaque eius eſt dum tranſigit, de eo videre & per cautionem, id eſt ſtipulationem ſibi ſuæve indemnitati proſpicere. Imo de ea re nominatim inter tranſigendum conueniſſe ſatis eſt. Poterit enim ſic ex tranſactione ſeu ex contractu actione directa, quæ eſt præſcriptis verbis, agere vt ei tranſactionis legi ſatisfiat, vel in id quod ſua intereſt tranſactioni ſatisfactum eſſe, *l. pacto ſucceſſorum 26. Cod. de pact.* Alioquin ſibi imputet ſuamve negligentiam accuſet qui ſibi non cauerit. Non eo minus enim in ſolidum conuenietur de legatis, fideicommiſſis & libertatibus: ne eius negligentia aliis noceat, *l. electio 26. §. ſi abſente, in fin. infra de noxal. act. l. factum 155. infr. de reg. iur.* Quo caſu quod damnum ſentit, dicitur non intelligi ſentire, quia culpa ſua ſentit, *l. qui damnum 203. infra de reg. iur.*

Ad §. Eum tranſactio.

MAter cui à filio defuncto fideicommiſſum aliud teſtamento, aliud codicillis relictum erat; de fideicommiſſo cum hærede inſtituto tranſegit ante codicillos repertos, id eſt antequam quicquam ſciret de fideicommiſſo codicillis relicto. Et notandum eſt tranſegiſſe generaliter, quaſi de omni fideicommiſſo quod ſibi relictum eſſet. Vnde ſumpta eſt hoc loco dubitandi cauſa. Reſpondet tamen Scæuola tranſ-

actionem ad eos codicillos aut fideicommiſſum iis relictum non pertinere, nec eo minus id poſtea peti poſſe: quia tametſi generalis, coercenda eſt & reſtringenda ad id fideicommiſſum de quo mater cogitauit vel cogitare aut ſpecialiter tranſigere potuit. Porro non potuit de alio cogitare aut ſpecialiter tranſigere, quam de quo ſciuit. Nihil tam conſenſui contrarium eſt quam error vel ignorantia, *l. ſi per errorem 15. ſupr. de iuriſdict. l. 2. infr. de iudiciis.* facit *l. 5. l. non eſt 12 infr. hoc tit. l. tres fratres 35. ſupra tit. prox. l. in lege 77. infr. de contrah. empt. l. ſi quis ita 16. §. ſi quis cum, infra de teſtam. tutel l. 1. §. & ideo, infr. de his qu. in teſtam. del.* Eodem ſenſu dicitur, ea quæ poſtea emergunt, nouo auxilio indigere, *l. de ætate 11. §. ex cauſa, infra de interrog. in iur. faciend. l. ſi cum argentum 21. infr. de except. rei iudic. l. ſi vero non 8. in princ. & §. 1. inf. de bon. libert.* Sic notanda differentia inter tranſactionem de qua ſuperiori §. qua de re non potuerunt tranſigentes, nempe de alieno iure; & iſtam qua de re potuerunt quidem tanquam de ſuo iure, ſed qua de re noluerunt aut velle non potuerunt, quia neſcierunt. Nec obſtat *l. ſub prætextu 29. Cod. hoc tit.* Vbi dicitur ſub prætextu ſpecierum poſt repertarum generali tranſactione finita reſcindi iura prohibere. Loquitur enim de tranſactione quæ de re generali facta ſit, qualis eſſet facta de tutela, de negotiorum adminiſtratione, de hæreditate: in quibus rerum generibus plerunque multa ſunt capita & res infinitæ, quas ſigillatim in tranſactione enumerare longum adeoque infinitum eſſet; ac propterea tranſigentibus plerunque ſatis eſt res omnes generali tantum nomine complexum eſſe: quod perinde haberi debet ac ſi ſpecialiter expreſſę eſſent. Generalibus enim ſpecialia inſunt, *l. ſi ſeruitus 23. infra de ſeruitut. vrban. l. Mæuius 66. §. duorum, infra de legat. 2. l. ſi chorus 79. infra de legat. 3. l. ſemper 147. infra de regulis iuris.* Commode igitur & recte dicitur tranſactiones huiuſmodi generales non facile aut leui de cauſa reſcindendas, qualis cauſa eſt ſpecierum, id eſt rerum quæ eo genere continentur de quo tranſactum eſt, vel etiam inſtrumentorum poſtea repertorum quibus appareat multo amplius rerum in eo genere de quo tranſactum eſt, fuiſſe quam putauerint contrahentes, *l. ſub prætextu 19. Cod. hoc titulo, l. ſi vnus 27. §. item ſi pactus, ſupra titul prox. l. Lucius 78. §. vltim. infra ad SC. Trebell. l. ſi quis cum totum 7. in princip. l. ſi cum argentum 21. §. 1. infra de except. rei iudic.*

Quan-

Quanquam & in his rebus ſi vllus dolus debitoris qui tranſactionem à creditore impetrauit, argui poſſit vnde ei ex tranſactione excipienti replicari vel aduerſus eum de dolo agi poſſit, tranſactio nihil ei proderit, *d.l.ſub prætextu.19.C.hoc tit.l.tres fratres.35.ſup.tit.prox.* Cæterum ni dolus aliquis arguatur, in promptu eſt nihil obſtare poſſe quominus tranſactio vel quilibet alius contractus teneat quocunq; modo vel numero vel quantitate rerum quæ nomine generis vel vniuerſitatis in tranſactionem venerunt. Quæ vero ſigillatim ſuisve propriis nominibus venerunt, poſtquam nullum tale vinculum inter ſe habent, etiamſi omnis dolus abſit, ſatis eſt de aliquibus non cogitatum eſſe, vt tranſactione dicantur non contineri. Iniquum eſt enim tranſactionem quæ totam formam à conſenſu habet, extra conſenſum extendi, *l.5. l.non eſt 12. infr.eod.*

Ad §. debitor.

CReditor pignus debitoris diſtraxit non iure, puta cum conueniſſet ne diſtraheretur, diſtraxit tamen ſine vlla denunciatione debitori facta. Debebat enim prius ter debitori denunciare vt ſolueret, *l.4. infr. de pignerat. action.* Qua de re creditor debitori tenetur pigneratitia actione, vt pignus reſtituat. Mox creditor mortuus eſt teſtamento facto quo Septitius hæres inſtitutus eſt. Teſtamento nondum prolato Mæuius exiſtimauit & iactauit ſe hæredem creditoris legitimum ſeu ab inteſtato eſſe, vt pote proximum agnatum. Id credidit debitor quod falſum erat, Ideoque pigneratitia de pignore ſuo recuperando aduerſus eum agere voluit, ſoluta prius ei ſorte quam debebat defuncto: ſed per ſimplicitatem ſuam à Mæuio ad tranſigendum adductus eſt ita vt modico ab eo accepto actionem pigneratitiam ei condonauerit. Poſtea prolato creditoris teſtamento Septitium hæredem eſſe apparuit. Debitor ſuæ rei attentior factus aduerſus eum pigneratitia agere voluit ad pignus recipiendum, quaſi id à defuncto non iure diſtractum eſſet. Septitius tranſactionis cum Mæuio factæ beneficio vti & exceptione ex ea debitorem remouere vult. Quæritur an poſſit. Reſpondet Scæuola non poſſe: quia non ipſe cum debitore tranſegerit, ſed Mæuius. Facilis ratio & quæ ex principio huius legis iam nota eſt, tranſactionem inter alios factam aliis nec prodeſſe nec nocere. Ex deciſione vero huius legis ori-

tur alia quæſtio nunquid ſaltem Septitius hæres cum Mæuio negotiorum geſtorum agere & repetere poſſit ſortem quam ille à debitore conſecutus ſit; quaſi ſub prætextu hæreditatis acceptam, inquit: Reſpondet Scæuola nec Septitium hæredem id poſſe, quia nec negotium Septitij Mæuius gerere accepit, inquit: Prætextu quidem hæreditatis accepit ſeu tanquam hæres, ſed tanquam hæres ipſe. Nam ſi alium hæredem ſciuiſſet, hoc negotium non tractaſſet. Deniq; non Septitij, ſed ſui contemplatione geſſit. Propterea non tenetur negotiorum geſtorum actione, *l. 6. §. 1. §. ſed ſi ego*, §. Item quæritur: *cum §. ſeq. inf. de negot. geſt.* Eadem ratione quod quis impendit vel ſoluit non alterius, ſed ſui contemplatione & quaſi ſuum negotium gerens, forte vt eum cui ſoluebat ſibi conciliaret, quamuis ſolueret id quod alius deberet, repetere tamen ab eo non poteſt, *l. creditor 60. inf. mandat.* Et ita dicitur ſi quis cum exiſtimaret ſe hæredem eſſe, Inſulam hæreditariam fulſiſſet; nullo alio modo quam per retentionem, impenſas ſeruare poſſe, *l. ſi in area 33 infr. de condict. ind.* Si Mæuius hæreditatem poſſideret, eo caſu certum eſt Septitium hæreditatem ab eo petentem, ſimul id quod Mæuius à debitoribus exegiſſet, auferre poſſe, eoq; debitores liberari, tametſi non ipſo iure. Nam petitio hæreditatis etſi in rem actio, habet tamen ex officio iudicis adiunctas præſtationes quaſdam perſonales, vt puta eorum quæ à debitoribus exacta ſunt, item pretiorum, inquit Vlpian. *in l. ſed etſi 25. §. item ſi rem, verſic. nam etſi, & §. ſeq. l. poſt SCtum 28. l. ſi quid 31. in pri. l. euicta 55. infr. de hæred. petit.* Item ſi Mæuius cohæres eſſet, in iudicium familiæ erciſcundæ ſimul cum rebus hæreditariis id quoq; venire poſſet quod Mæuius à debitore hoc loco exegiſſet. Nam & familiæ erciſcundæ iudicium huiuſmodi præſtationes dabet, *l. item Labeo 22 §. penult. infr. famil. erciſc. l. quibus 34. infr. pro ſocio, §. quædam actiones, inſtit. de action.* Hic vero Mæuius non fuit poſſeſſor hæreditatis, ſed tantum iactauit ſe hæredem eſſe. Cæterum quod Accurſius ait debitorem condicere poſſe Mæuio id quod illi ſoluit, verum eſt, *l. 6. §. 1. l. eleganter 23. in fine principij, infr. de condict. ind. l. ſi indebitum 16. l. ſi fine 22. infr. rem rat. haber. l. Titius 9. infr. de pecun. conſt.* Et viciſſim Mæuius quoque debitori condicere id quod ex tranſactione ei dedit.

Ad

Ad l. Aquiliana, 4.

ACceptilatio eſt proprius verborum obligationis tollendæ modus, *l. an inutilis 8. §. acceptum, infr. de acceptil.* Proprius quidem quatenus eo modo ſeparatur ab aliis modis aliarum obligationum tollendarum puta à ſolutione, à conſenſu, à literis, *l. prout* 80. *infr. de ſolution.* Sed tamen communis omnium verborum obligationum: quæ obligationes ſunt trium generum, ſtipulatio, dotis dictio & iuſiurandum operarum doni, muneris. Caius *lib. inſtit. 2. tit* 9. Dotis dictio verba ſolennia erant quibus dotem dicebat mulier nuptura vel debitor mulieris iuſſu ipſius mulieris vel parens mulieris virilis ſexus per virilem ſexum cognatione iunctus, veluti pater vel auus paternus viro mulieris futuro. Vlpian. *lib. regul. tit. 6.* Cuius dictionis exempla paſſim reperies, *infr. de iur. dot.* vt in *l. ſi ei 25. l. ſi pater* 44. *§. 1. l. quemadmodum* 46. *§. ſi debitori, l. nuptura 57. l. ſi mulier* 59. Item iuſiurandum ſolenne quo libertus poſt manumiſſionem patrono pollicebatur operas vel donum vel munus, *l. vt iuiurandum 7. in princip. & §. iurare, cum l. ſequ. l. ſeruus* 10. *§. 1. infr de oper libert. l. vlt. infr. de liberal. cauſ.* Omnes huiuſmodi verborum obligationes communi modo per acceptilationem ipſo iure ſoluuntur, *l. & per iuiurandum 13. in princ. inf. de acceptil.*

Tranſactione vero nulla obligatio tollitur ipſo iure, ſed per exceptionem tantum: Sunt enim certi modi vt contrahendæ ita tollendæ obligationis, vt in *inſtit. quib. mod. toll oblig.* de quibus modis non eſt tranſactio: quemadmodum nec legatum, *l.* 3. *§. nunc de effectu, infr. de liberat. leg. l. nemo 55. infr. de legat. 1.*

Cæterum dum per exceptionem tollit, effectu perinde eſt ac ſi ipſo iure tolleret. Effectu nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an eam habeat quæ per exceptionem infirmetur, ait Paul. *in l. nihil intereſt* 112. *infr. de regul. iur. idem in l. & eleganter 7. §. ſeruus, infr. de dolo.* Sed tamen ne imperite confundas vtrunque: Ipſo iure liberari, id eſt actionem extinctam eſſe, nullam ſupereſſe: per exceptionem liberari, id eſt ſupereſſe quidem eandem actionem, ſed elidi poſſe à reo oppoſita exceptione, *l. ſi vnus 27. §. pactus, ſup. tit. prox.*

Reus per exceptionem tantum liberatur deteriori conditione eſt

quam ipſo iure liberatus: quia niſi caueat & diligentius ſit in opponenda ſuo loco exceptione, futurum eſt vt condemnetur perinde ac ſi liberatus non eſſet: In quo periculo non eſt qui ipſo iure liberatus eſt. Quam obrem conſulebatur omnibus reis qui tranſigerent, vt curarent ſe per acceptilationem liberari. Quod ſatis facile erat in verborum obligatione ſi de ea lis eſſet vel timeretur. Sed ſi de alia obligatione ageretur, cum in eo hæſitaretur quonam modo ageretur, ſuccurrit Gallus Aquilius antiquus Ictus inuenta ſtipulatione quæ à nomine ipſius auctoris dicta eſt Aquiliana, in quam prius per nouationem transferretur obligatio de qua lis eſſet; vt translata mox per acceptilationem ipſo iure tolli poſſet. *vt in* §. *eſt autem. inſtit. quib. mod. tollit. obligat. & l. & vno* 18 §. 1. *infr. de acceptilat.* Inde tantum in tranſactionibus Aquilianæ ſtipulationis vſus. Hic & *l ſequ. l. pacto conuento* 15. *infr. hoc tit. l.* 3. *&* 4. *l. vt reſponſum* 15. *l. ſi cauſa* 32. *l. vbi pactum* 40. *Cod. eod. l. vlt. Cod. de acceptilat.* Eo modo omnes obligationes, etiam eæ quæ iuris gentium ſunt, per acceptilationem quæ iuris ciuilis eſt, tolluntur. Et hoc iure vtimur, inquit Vlp. Quo idem ſibi vult atque in *l. an inutilis* 8. §. *vlt. inf. de acceptilat.* Vbi hoc iure vtimur, inquit, vt iuris gentium ſit acceptilatio, quia ſcilicet eo modo accommodatur & aptatur omnibus quoque iuris gentium obligationibus. Sequitur in hoc textu. Ideoque etiam legata ſub conditione relicta, &c. De legatis puris nulla dubitatio erat, quin ſic poſſent in verborum obligationem nouationis cauſa transfundi, deinde per acceptilationem ſolui: ſed de conditionalibus dubium eſſe potuit, propterea quod ea tum ſtipulationem tum acceptilationem conditionalem quoque factura eſſent. Legatum enim & quæcunque alia obligatio conditionalis cum eadem conditione tranſit in verborum obligatione quam ante habuit. Quare & ipſa nouatio efficitur conditionalis. Non poteſt enim nouari quæ non eſt obligatio, *lege quotiens decimo quarto.* §. *ſed ſi quod lege nouatio ſigeſimo quarto infr. de nouation.* Cui rei repugnare videbatur quod dicitur tum acceptilationem, tum omnes actus legitimos, conditionem non pati, per conditionem vitiari, & inutiles eſſe, *l.* 4. *&* 5. *infra de acceptilat.* Sed huiuſmodi obiectio non obſtat quominus dicendum ſit aut verum ſit quod hic dicitur legata ſub conditione relicta in ſtipulationem Aquilianam deduci & ſolui. Cuius deciſionis ratio petitur à regula iuris quæ huiuſ-

huiuſmodi eſt expreſſa nocere, non expreſſa non nocere, *l. expreſſa* 195. *infr. de regul. iur. l. ſeruo* 47. *infr. de condit. & demonſtr.* Idque nominatim deciditur in *l. actus* 77. *infr. de regul. iur.* Vbi Papinianus ait etiamſi actus legitimi in totum vitientur per temporis vel conditionis adiectionem, nonnunquam tamen tacite eam adiectionem recipere, quæ ſi aperte comprehenſa eſſet, vitium adferret. Nam ſi acceptum feratur ei qui ſub conditione promiſit, ita demum egiſſe aliquid acceptilatio intelligitur ſi obligationis conditio extiterit: quæ conditio ſi verbis acceptilationis nominatim comprehendatur, nullius momenti faciet actum, inquit: Sic eueniet vt conditione legatorum exiſtente neque vlla ſit de his ex teſtamento actio, quia per nouationem ea extincta ſit & tranſlata in ſtipulationem; neque ex ſtipulatu, quia ea per acceptilationem ſublata, *l. ſub conditione*, 21. *inf. de acceptilat.* Eadem quæſtio tractatur & in *l. ſi Stichum* 8. §. 1. *infr. de nouation.*

Ad l. Eum Aquiliana, 5.

SVperiori *l.* 4. proponitur regula de acceptilatione: Iſta vero lege proponitur eius regulæ interpretatio. Notandum eſt formulam ſtipulationis Aquilianæ à Gallo Aquilio generaliter conceptam eſſe, nempe ita, quicquid te mihi ex quacunque cauſa dare facere oportet oportebitve præſens in diem ve quarumcunq; rerum mihi tecum actio quæq; aduerſus te petitio vel perſecutio eſt eritve, tantam pecuniam, &c. vt in *dict. l.* & *vno* 18. §. 1. *infr. de acceptilat.* & *in* §. *eſt autē. inſtit. quib. mod. toll. obligat.* non quod fieri non poſſit de vna tantum aliqua ſpecie vel duabus vel pluribus nominatim vel de parte tantum eius rei quæ debetur, *l.* & *per iuſiurandum* 13. §. 1. & 2. *l. qui hominem* 17. *iufr. de acceptilat. l.* 3. *Cod. hoc titul.* Sed Gallus Aquilius eam compoſuit quo caſu frequentius vſurparetur. Finge igitur ita factum eſſe vti compoſita eſt, generaliter: quæſtio eſt num ſic concepta recte intelligatur etiam de his rebus de quibus non cogitauit is qui acceptum fecit. Mouebat primum quod in ſtipulatione promiſſor aliter per machinationem ſtipulatoris ipſo iure obligari poſſet quam conueniſſet, *l. ſi quis* 36. *infr. de verb. oblig.* Nam ſi id in ſtipulatione iuris eſt, profecto idem conſequens eſt in acceptilatione. Siquidem eodem iure ea cenſetur quo ſtipulatio. Et eadem liberandi cauſa eſt at-

Digitized by Google

que obligandi. *l. inter. 83. §. ſacram. inf. de verb. oblig.* Mouebat etiam quod in ſuperiori lege dicitur per Aquilianam omnimodo omnes præcedentes obligationes nouari & perimi, ipſamque perimi per acceptilationem &c. Et hoc iure vtimur, inquit. Ex iure quo vtimur, plærunque fit regula. Sed pro tẽperamento huiuſmodi regulæ ex Papiniano ſubiicitur hoc loco eam de his tantum obligationibus accipiendam, de quibus actum eſt vt debitori per Aquilianam remitterentur: vt *in l. plurib. .6. inf de acceptilat.* Ita vt plus valeat in ea re conſenſus qui forte ſpecialis fuit de hac tantum vel illa obligatione, quam verba quæ generaliter de omni omnino obligatione cõcepta ſunt. *l. ſi de certa. 31. cod. hoc tit.* Conſenſus & voluntas reorum ea in re maxime ſpectandus eſt: quia vt ait Papinianus Aquiliana ſtipulatio ex conſenſu redditur, id eſt valet ex cõſenſu, quemadmodum & in genere omnes conuentionales ſtipulationes, quæ ideo dicuntur ex negotio contracto, id eſt ex eo quod agitur, pendere. *l. 5. §. conuentionales. infra de verb. oblig.* Deniq; Vlp. *in l. 1. §. penult. ſup. tit. prox.* ait & ſtipulationem quamuis verbis fiat, niſi conſenſum habeat, nullam eſſe. Et ita lites de quibus non eſt cogitatum, in ſuo ſtatu retinentur. Quę interpretatio vt eleganter Papin. hoc loco ait, captioſam liberalitatem fregit, id eſt omnem quæ in generali ſermone erat, captionem amputauit. Captioſa eſt enim generalis ſtipulatio Aquiliana, captioſa liberalitas ſi eius ſermo generalis ſpectetur potius quam merces & ſentẽtia creditoris. Creditor enim ſic deciperetur. Omnino quilibet generalis ſermo vel perfuſorie dictum reſtringi debet ſecundum animum eorum quos inter actũ eſt. *l. quæro. 39. inf. de action. empt.* Animaduertendũ eſt autem ne quod Papin. hoc loco dicit liberalitatẽ, id tranſactionibus cõuenire de quibus eſt titul⁹, minus cõuenire videatur. Tranſactiones enim nihilomagis quã ſocietas aut venditio, liberalitatis cauſa fiunt; poſtquã neceſſe eſt aliquid viciſſim pro eo quod remiſſa ſit lis, datum vel retentum vel promiſſum eſſe. Imo nudo pacto potius conuenire, *vt ſupr. in l. 1. & in l. 3. cod. de repud. heredit. l. tranſactio. 38. cod. hoc tit. lege donari. 79. §. 1. de donation. l. tutores. 39. § ab eo infra de adminiſt. tut.* Sed ita res eſt quemadmodum iam in præfatione & in l. 2. diximus, acceptilatio excedit tranſactionis fines neque ad eam tenetur qui ſimpliciter tranſegit ſeu litem remiſerit, niſi id nominatim inter tranſigendum conuenerit. Sed huiuſmodi cautio quæ diligentia rei procuratur & tranſactioni ab eo adii-

Digitized by Google

citur vel liberetur ipſo iure, etiam ſi abundet, non vitiat tamen tranſactionem, nec eam facit gratuitam aut de re certa, quæ cauſam aliquam dandi vel faciendi vtrinque deſiderat & de lite incerta nec dum finita finitionem continet. Non ſolent quæ abundant quæve extrinſecus & nihil ad præſentē actum pertinentia adiiciuntur, aut nocere aut quicquam vitiare. *l. non ſolent. 94. infra de reg. iur. l. quæ extrinſecus. 65. infra de verb. oblig. l. pediculis. 32. §. Labeo. infra de aur. & arg. legat. l. vlt. cod. de donation. l. teſtamentum. 17. cod. de teſtam. l. vſuras. 20. infra. de vſur. l. ideoque. 34. inf. de manumiſſ. teſtam. l. 6. §. 1 inf. de negot. geſt.*

Ad L. de his. 6.

HÆc lex particula eſt *l. 1. infr. teſtam. quemadmod. aper.* vbi Caius exponere habens rationem cur prætor edicto ſui polliceatur omnibus qui deſiderant teſtamenti tabulas inſpicere vel etiam deſcribere, eius rei ſe poteſtatem facturum; ita ait: neque enim ſine iudice tranſigi neque apud iudicem exquiri veritas de his controuerſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisve verbis teſtamenti. Quæ ratio conuenit ei demum controuerſiæ vel liti qua de agitur apud iudicem & per eum tranſigendæ ſeu iudicandæ & per iudicatum finiendæ. Sic tranſigere nonnunquam ſumitur pro eo quod eſt negotium quocunque modo conficere, expedire, finire. Qua de re non vltra nobis laborandum eſt. Nam id apud bonos auctores paſſim reperire eſt. Quomodo tranſigere acceptum, non commode, non apte, imo ineptiſſime in hunc locum vel titulum à Triboniano translatum eſt, vbi agitur de tranſactione à reis inter ſe conſenſu ſuo & ſine iudice facienda, *l. vlt. ff. famil. erciſc.* Tribonianum vero ſenſum illius loci vnde ſumpſit, retinere noluiſſe, ſed ad nouum huius tituli detorquere voluiſſe, ex eo ſatis perſpicuum eſt, quod illa verba ſine iudice & apud iudicem, quæ ſunt in *dicta lege prima*, ſuſtulerit, ne impedimento eſſent quominus tranſigi hoc loco intelligi poſſet de tranſactione per compoſitionem reorum facienda. Sed non ſatis vidit, qui non animaduertit ea quoque verba, neque exquiri veritas aliter poteſt, & cætera, eadem ratione tollenda fuiſſe. Per tranſactionem enim nihil minus quam exquiritur veritas de re controuerſa: Imo per tranſactionem &

com-

Digitized by Google

§ poſt. l. ſi cauſa cognita. 32. C. hoc tit. l. ex ſtipulatione. 7. C. de ſentẽt. & interlocut. Finge ſi vis ſententiam valere, ſupereſt adhuc vt poſſit ab ea appellari & per appellationem ea infirmari: quo etiam modo iudicatum erit pro nõ iudicato. *l. 1. §. vlt. ff ad SCtum Turpil.* Quare hoc loco dicitur & poſt rem iudicatam tranſactionẽ valere ſi appellatio interceſſerit. Additur quod ſit amplius vel appellare potueris. Appellationi in re propria conſtitutũ eſt biduum, in rẽ aliena triduum. *l. 1. §. biduum. & §. in propria infra quand. appell.* vel ex nouella Iuſtiniani 23. in omni cauſa decem dierum ſpatium. Poſtea appellare non licet: Ergo nec tranſigere. Quod ipſum eſt quod idem Vlp. *in dict. l. eleganter. §. ſi poſt.* ait reſcriptis imperatorum, quibus continetur tranſactionem nullius eſſe momenti poſt rem iudicatam, tunc demum locum eſſe cum de ſententia indubitata quæ nullo remedio attentari poteſt, tranſigitur: quaſi velit non ante certo rem eſſe iudicatam quam omnino conſtet ſententiam informari non poſſe. Quare & addere poteris caſum quo contra minorem iudicatum ſit, propter periculum in integrum reſtitutionis, *dict. l. ſi cauſa cognita 32. Cod. hoc tit. tot. tit. Cod ſi aduerſ. rem iudic. reſt. poſtul.* facit *l. nemo 5. infr. de in int. reſtit.* Poſtremo addere potes quod idem Vlp. *in l. poſt rem* 11. *infr.* ait poſt rem iudicatam etiamſi prouocatio non eſt interpoſita, tamen ſi negetur iudicatum vel ignorari poteſt an iudicatum ſit; quia adhuc lis timeri poſſit, ideo tranſactionem fieri poſſe. Vnde ſatis apparet quam non tuto dicatur tranſactionem poſt rem iudicatam factam valere, niſi cum eo, vt nullo modo res iudicata ſuſpendi poſſit. Et certe ſi vllo modo in dubium reuocari poſſit, dicere poterimus nec rei iudicatæ definitionem ei conuenire: vt pote quæ res pronunciatione iudicis finem controuerſiæ non acceperit.

Ad §. Si fideiuſſor.

SI fideiuſſor tranſegiſſet, ea tranſactio nihil reo prodeſſet. Iis enim tantum prodeſt conuentio cum alio facta, quorum diſſolutam eſſe obligationem eius qui paciſcebatur, interfuit, *l. & hæredi 21. in fin. l. fideiuſſoris 23. in princ. & §. 1. ſup. tit. prox.* At nihil fideiuſſoris intereſt pecuniam à reo principali non peti diſſolutamve eſſe eius obligationem: quia principalis reus nullum regreſſum habet aduerſus fideiuſſorem.

Digitized by Google

Sed contra cum reus tranſegit, eius tranſactio prodeſt fideiuſſori: quia rei intereſt pecuniam à fideiuſſore diſſolutã eſſe eius obligationem. Siquidem poteſt fideiuſſor qui ſoluerit, id repetere à debitore cuius cauſa ſoluit. §. exceptiones. Inſtitut. de replicat. *l. quod dictum. 32. ſup. tit prox. l. aduerſus. 29. inf. de recept. qu. arbit. recep. l. cũ lex 46. inf. de fideiuſſor. l. 5. inf. de liberat. legat.* Nunc finge fideiuſſorem à creditore conuentum & condemnatum fuiſſe, poſtea vero reum principalem cum creditore tranſegiſſe: quæſtionis eſt nunquid fideiuſſoris condemnatio, quæ obſtare poſſet quominus cum eo tranſigi poſſet, obſtet etiam nunc quo magis tranſactio à debitore facta ei prodeſſe poſſit. Sane prima fronte videtur obſtare: ne ſcilicet quod fideiuſſor per ſe non poſſit, id per alium poſſit. *l. quæritur: 38. inf. de bon. libert.* Sed tamen deciditur contra. Sæpe enim quod quis ex ſua perſona nõ habet, hoc per extraneum habere poteſt, ait Paul. *in l. 3. in fin. infra. qu. res pign. dat. oblig. nõ poſſ. & in l. filius. 42. infra de bon. libert.* Sic notandum eſt condemnationem fideiuſſoris non nocere reo principali quominus is tranſigere poſſit: at tranſactionem rei principalis fideiuſſori quamuis condemnato prodeſſe: quemadmodũ ſcilicet condemnatio rei principalis noceret fideiuſſori quominus is tranſigeret aut cum eo facta tranſactio valeret, perinde ac ſi & ipſe fideiuſſor condemnatus eſſet. Hoc enim perpetuum eſt à principali ad acceſſionem ius deriuari poſſe, non contra. Quod ſi vnquam à fideiuſſore deriuatur in reum, id certe non tanquam in perſonam principalem ſed tanquam in quemlibet extraneum: vbi ſcilicet actio in rẽ ſcripta eſt, vt in actione quod metus cauſa. *l. metum. 9. §. vlt. infra quod met. cauſ.* Notanda eſt tamen differentia inter tranſactionem & rem iudicatam. Conuentio enim cum debitore principali facta non ita vtique omni ve caſu fideiuſſori noceret, quemadmodũ condemnatio debitoris principalis. Puta ſi reus principalis cum creditore pactus ne à ſe peteretur, poſtea rurſus pactus ſit vt à ſe petatur; Iſto ſecundo pacto nõ redintegratur actio contra fideiuſſorem, quamuis redintegretur contra debitorem principalẽ. *l. ſi vnus. 27. § pactus. ſup. tit. prox l. 4. cod. de fideiuſſor.* Condemnatio vero debitoris vtiq; nocet etiã fideiuſſori, quemadmodũ abſolutio prodeſt. Ratio differentiæ eſt quod conuentio noua nouum negotium facit, quod inter alios factum aliis nec prodeſſe nec nocere debet, vt diximus in *l.*

ſenten-

ſententia vero iudicis ſiue de condemnatione ſiue de abſolutiône non facit nouum negotium, puta condemnatio non nouam obligationem conſtituit, ſed eam quæ fuit, declarat. *l. ſicut. 8. §. ſed ſi quæritur. infra ſi ſeruit. vindic.*

Ad verſ. Si tamen cum § vſque adeo.

QVod tranſactionis cauſa datum eſt, poſtquam tranſactio iniuſta vel nulla vel reſoluta eſt, ſequitur vt tanquam ob iniuſtam vel nullam cauſam datum, repeti poſſit. *l. 4. & 5. infra. de condict. ſin. cauſ. l. eleganter 23. in princ. & §. ſi quis. infr. de condict. ind.* Et certe repeti poſſet, niſi, quod conſequens eſt poſtquam tranſactio poſt condemnationem facta nulla eſt, res iudicata integra maneret, in cuius ſolutioné expeditius eſſet antea ſolutum conuerti & de eo cum re iudicata compenſationem fieri, quam condictionem repeti. *dict. l. eleganter. §. 1. eadem ratio alimentorum teſtamento relictorum. l. cum hi 8. § ſi eidem. & §. ſequ. inf.* Et generaliter eorum omnium de quibus tranſigere non liceat: adeo vt in id non videatur opus fuiſſe reſcripto principis, poſtquam ab omni æuo iuris placuit inter omnes id quod inuicem debetur, ipſo iure compenſari *l. poſteaquam. 21. infra. de comp.*

Ad L. cum hi. 8.

ABſq; SCto fuiſſet, nô minus de alimẽtis teſtamẽto relictis tranſigi poterat quã de hæreditate delata vel quo alio legato vel fideicommiſſo, de quibus conſtat tranſactioné valere & ratã eſſe. Et rogo cur alimentario minus liceret cum hærede eove quocunque à quo alimenta relicta ſunt, tranſigere & quantumuis modico præſenti contento eſſe, quã ab initio hoc alimentorum legatum vel fideicommiſſum repudiare? SCto tamen nihil actum eſt de huiuſmodi legato vel fideicommiſſo alimentorum ſine prætore non repudiando, quemadmodum nec vetitum de alimentis pactum aut donatio, quaſi is cui id relictum eſſet tenuis rei ſcilicet atque egens homo vix vnquam id legatum vel fideicommiſſum repudiaturus vel donaturus eſſet, nec obſtat quod dicatur nihil intereſſe vtrum libertini ſint quibus alimenta relicta ſunt, an ingenui, ſatis locupletes an minus. *In §. eam. in fin. infra ead. lege.* Nam ſatis fuit magnam partem eos quibus relinqui ſolent alimenta,

exiguæ fortunæ eſſe, vt eorum maxime ratio haberetur in eo iure conſtituendo, quod & prodeſſe egentibus poteſt, nec locupletibus nocere poteſt, ea pars igitur quæ maior eſt, SCtum meruit vel excitauit. Nam ad ea potius debet aptari ius quæ & frequenter & facile quam quæ perraro eueniunt, *l. nam ad ea 5. ſup. de legib.* Maior pars trahit ad ſe minorem. facit *l. domum 52. infr. de contrah. empt. l. ſi plures 14. infr. depoſit. l. diem 27. § ſi plures, infr. de recept.* Hoc vnum locupletum ratione non SCto quidem ſed eius interpretatione impetratum eſt, vt ſi in annos ſingulos maior quantitas vel vſusfructus maioris rei alicui honeſtioris loci homini relictus fuerit quam conueniat pro alimentis hominis tenuioris, modo alimentorum nomen expreſſum non ſit, cum non in alimenta relictum interpretandum ſit, ſed in ſalarium vel honorarium annuum: vt eo modo ſcilicet tranſactio quæ alimentorum nomine nemini ſine prætore conceditur, alio nomine honeſto viro concedi poſſit, *§. ſi in annos, infra eod.* Alioquin SCtum quamuis non tantum egentibus hominibus, ſed etiam locupletibus proſpexit, egentium tamen maxime contemplatione id fecit, iis maxime ſtuduit, maxime proſpectum voluit. SCti cauſa eorum propria eſt, quæ notatur in principio huius legis. Non locupletes, ſed egentes vel malæ frugi homines proprie modico præſenti adduci poſſint, vt annua alimenta remittant. Quod ne poſſint, eorum gratia factum eſt; ne alioquin poſt tranſactionem amiſſis alimentis, iis eſuriendum ſit; contra quam teſtator ſenſerit, qui in longum tempus vel in perpetuum de alimentis iis proſpicere voluit. Quæ proſpicientia poſtquam alimentarij non fuit, ſed aliena; non ita alienum eſt aliena quoque ſapientia ea alimenta ei gubernari à prætore vel præſide, quaſi à teſtatore. De quibus vero alimentis ipſe alimentarius ſibi proſpexiſſet quæve ſibi ſuo iudicio acquiſiiſſet, ea magis alienum adeoque ipſi minus honeſtum foret alieno potius quam ſuo arbitrio tractari vel adminiſtrari. Itaque eadem alimenta pari eius iudicio vel arbitrio ſeu iuri communi relicta ſunt, quo iure communi iniuria videretur ei fieri iniuriarumque is agere poteſt qui ſuis rebus pro ſuo arbitrio vti easve diſtrahere prohibetur, *§. hac oratio, verſ. plane, inf. hac lege. l. non ſolum 13. §. vlt. l. ſi quis 24. inf. de iniur. l. qui pendentem 25. infr. de action. empt. l. vim facit 11. de vi & vi arm. l. nemo externus 9. Cod. de iudiciis.*

Ad

Ad verſ. Eiusdem prætoris.

ALimentis legatis plenius interpretatur legatum, vt eo veſtiarium quoque & habitatio contineantur; quaſi nec ſine his corpus ali poſſit, *l. 6. l. vlt. infr. de alim. leg.* Quo iure in legato alimentorum recepto conſequens fuit in tranſactione de alimentis facienda idem de veſtiario & habitatione ſeruari atque de cibariis. Eo vſque extenſum eſt verbum victus, vt eo contineantur non ſolum quæ eſui vel potui, ſed etiam quæ cultui corporis ſunt, denique quæ ad viuendum homini neceſſaria ſunt, *l. verbo victus 43. infr. de verb ſignif.* Notio id eſt cognitio: quo nomine ſignificatur officium prætoris per ipſum exequendum, non alij mandandum. Idque ad differentiam eorum quæ ſunt iuriſdictionis, quorum cognitio mandari poteſt. Prætor vero de eo quod SCto circa alimentorum tranſactiones ſtatutum eſt, non habet iuriſdictionem, ſed notionem tantum & cognitionem, *l. 1. ſup. de offic. eius cui mand eſt iuriſd.* Hac de re amplius dicemur in §. *qui tranſigit*, ex quo §. *in fin.* addere potes de calciario idem iuris atque dicitur hoc loco de veſtimentis.

Siue de prædiis alimentum legabitur.

DE prædiis alimentum legari, id eſt alimenta quæ legata ſunt, adſignari ex reditu aliquorum prædiorum, quæ teſtator ad ea alimenta deſtinauit. Eodem ſenſu idem Vlp. *in l. vſufructu 7. §. vnde Celſus, infr. de vſufr.* ait alimenta ab ea re relicta. facit *l. Lucius 12. infr. de alim. legat. l. domus 57. §. 1. infr. de vſufr.*

Ad §. hæc oratio.

VErba SCti non habemus: veriſimile eſt de iis tantum alimentis expreſſa eſſe quæ teſtamento vel codicillis relicta eſſent. Imo etſi nulla codicillorum mentio facta eſſet, nihil facilius fuit quam teſtamento codicillos addere. Quæcunque enim teſtamento relinqui poſſunt, excepta hæreditate, eadem poſſunt & codicillis, qui modo teſtamento confirmati ſunt. Differentia eſt etiam eorum qui ad teſtamentum fiunt & eorum qui ab inteſtato. Teſtamento facto, codicilli præterea facti dicuntur ad teſtamentum fieri, id eſt teſtamento accedere, eius acceſſio, ſupplementum & ſequela eſſe, eius ius omnino ſequi. Teſtamento vero

Digitized by Google

non facto, codicilli dicuntur ab inteſtato facti; quo caſu teſtamenti vicem exibent & definiuntur quædam imitatio teſtamenti, *l. 3. §. vlt. l. quidam 14 l. ab inteſtato 16. infr. de codicill. l. penult. infr. teſtam. quemad. aper. l. 1. Cod. de codicill.* Cæterum quod attinet ad alimenta quibus de agitur hoc loco, relicta tantum eſſe neceſſe eſt: quod verbum generale eſt omnium quæ quoquo modo à defuncto ad nos peruenerunt. vt in *l. 1. §. penult. inf. de tab. exib.* vt relicta tantum opponantur iis quæ nobis tradita ſunt, ſeu inter viuos data. Quare his quæ teſtamento vel codicillis relicta ſunt, adiicit mortis cauſa donata, eaque etiam vocat relicta. Cui tamen repugnare videri poteſt quod Marcellus in *l. inter 38. inf. de mort. donat.* ait mortis cauſa donari quod præſens præſenti dat. Id enim non videtur relinqui. Sed reſponderi poteſt hanc dationem eſſe tantum traditionem ſeu translationem poſſeſſionis. Non transfertur enim dominium in accipientem donec mortuus ſit donator. Itaque non ante perficitur ea donatio. Rationi conſentaneum eſt ab ea parte donationem denominari vel perfectam videri quæ in re donata maior eſt. Dominium vero pars ipſius rei multo maxima eſt, *l. quæſtio 115. inf. de verb. ſignif.* Itaque in mortis cauſa donationibus non ſpectatur tempus donationis factæ, ſed tempus mortis donatoris, *l. in mortis 22. l. non videtur 32. infr. de mort. cauſ. donat.* Qua eadem ratione res mortis cauſa donata verius dici poteſt relicta quam tradita aut præſenti à præſente data, *l. Seia 42. circa finem, infra de mort. cauſ. donat.* facit *l. ſi ego 9 §. 1. infr. de iur. dot.* Quare SCti ſententia de alimentis relictis hoc loco porrigitur ad mortis cauſa donata. In quam eandem ſententiam mortis cauſa donationes dicuntur ſine traditione aliterve quam per traditionem fieri, & ad exemplum legatorum capi, *l 1. & 2. infr. de public. in rem act.* Denique in paucis differunt mortis cauſa donationis à legatis, *l. illud 37. infr. de mort. cauſ. donat.* Cæterum hic primo loco relicta intelliges ſumpta recta ab ipſo donatore: ſecundo vero loco vbi mutat, vel ab eo relicta cui mortis cauſa donata ſunt, inquit, intelliges ſumpta ab eo qui ſumpſit à donatore. Per fideicommiſſum ſcilicet. Nam eorum etiam quibus mortis cauſa donatum eſt, fideicommitti poteſt, *l. cum pater 77. §. 1. infr. de legat. 2. l. 1. §. ſciendum. l. 3. in princ. & §. vlt. inf. de legat. 3.*

Sed

Digitized by Google

Sed etſi conditionis implendæ.

MAior de iſtis dubitatio fuit, quę ſcilicet minime omnium videantur à teſtatore relicta eſſe. Nam ſuperiora omnia per teſtamentum, codicillos, donationem mortis cauſa, ab ipſo teſtatore relicta ſunt deſtinatione & diſpoſitione certa, puta ab ipſo teſtatore data vel iuſſa dari nominatim pure vel ſub conditione. At mortis cauſa captum dicitur de eo quod defunctus non nominatim dedit aut dari voluit, ſed tamen quocunque modo per occaſionem mortis eius obuenit. Puta Sempronius ſi Titio quotannis in alimenta decem dederit, hæres mihi eſto, vel ædes meas Titianas habeto. Titius alimenta neque per legatum neque per fideicommiſſum capere dicitur, ſed mortis cauſa tantum: quia non ab ipſo defuncto data capit, poſtquam nullo caſu de his Sempronium cogere poteſt, ſed tantum ſi offerantur capit. Offerenda ſunt vero à Sempronio ſi is hæres eſſe vel legatum capere velit: Mortis cauſa tanquam omnium quæ à defuncto relicta ſunt, minima, communis eſt hæredis inſtitutioni, legatis, fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus: ſed tamen non proprie dicitur mortis cauſa capi quod aliquo ex his modis capitur. Siquidem aliud nomen maius ſeu magis ſpeciale hi modi habent. Itaque illud nomen mortis cauſa capionis relinquitur iis caſibus quibus deficiat omne aliud nomen. Vix tamen aliud exemplũ mortis cauſa capionis reperias quam conditionis implendæ cauſa relictum, *dict. l. inter 38. infr. de mort. cauſ. donat. l. 1. §. item ſi ita, infr. ad leg falcid. l. ſi quis 8. inf. ſi quis omiſ. cauſ teſtam.*

Ad §. Si integra.

QVæſtio eſt an integra quantitas hoc loco legata, inſtar ſit alimentorum relictorum. Non eſt quidem eadem cum alimentis. Alimenta proprie relinquuntur in ſingulos annos vel ſingula trimeſtria vel ſingulos menſes vel dies, deniq; per ſtata tempora, quibus alimentario commodũ ſit accipere ad ſe alendum, tanquam reditũ vel fructus. Cuiuſmodi plura legata ſunt, *l. in ſingulos 8. l. cum in annos 11. inf. de ann. leg. l. cũ in annos 23. inf. qu. dies leg. ced.* Integræ vero quantitatis vnũ legatũ eſt. Sed tamen quia vſurę q̃ ex ea pecunia percipiũtur, ſimiles ſunt alimentis, & in alimentorũ finẽ ea pecunia legata eſt; ideo & ſic alimenta videantur relicta & ius ex SCto perinde eſt, id eſt ęque de ea quantitate integra tranſi-

nter hanc & ſuperiorem ſpeciem: in ſuperiori ſpecie certa quantitas vel res Titio relicta eſt ita vt inde alimenta Seio præſtentur. Quomodo non per fideicommiſſum alimenta Seio relicta ſunt. Alioquin quorſum hic ſubiiceret, idem eſſe etſi per fideicommiſſum relicta eſſent ab eodem Titio? Quid attineret de eodem quærere? Notandum eſt igitur per modum ſuperius relicta eſſe. Per modum quid ſit, vide pluribus exemplis in *l. demonſtratio 17. §. vlt. infr. de condit. & demonſtr.* Atqui iure antiquo quo certe iſta dicuntur, vt pote ab Vlpiano, per modum relicta peti non potuerunt, & in conditione tantum fuerunt, *l. 1. Cod. de his qu. ſub mod. l. quæ ſub conditione 8. §. mortuo, infr. de condit. inſtit. l. liberto 21. §. Luc. Titius, infr. de ann. legat. l. Titio 71. l. libertis 108. infr. de condit. & demonſtr. l. ſi tibi 19. infr. de legat. 3.* Ne tamen halucinemur, tenendum eſt eum quidem cui ſub modo relictum eſſet, puta vt alimenta Seio præſtaret vel monumentum teſtatori extrueret, tanquam ſub conditione relictum; tunc petere potuiſſe, poſtquam alimenta Seio præſtitiſſet vel monumentum extruxiſſet, tanquam conditione impleta: ſed ita intelligimus peti non potuiſſe, vt aduerſus eum à quo monumentum ita faciendum vel alimenta Seio relicta eſſent, de eo faciendo vel de his alimentis Seio præſtandis agi non poſſet: quemadmodum nec Seius eo caſu de alimentis agere poſſet, quo conditionis implendæ cauſa ea ſibi relicta eſſent: puta ſic, Centum Titio ſi alimenta Seio præſtiterit. Æque neutro modo agere potuit Seius. Denique in *l. 2. Cod de his qu. ſub mod.* Id demum conſtituitur à Gordiano vt veluti legati vel fideicommiſſi petitio actio ſit de eo quod ita relictum ſit, quamuis non in diſpoſitione ſit, ſed tantum in conditione vel modo. Sed notandum eſt quod ibidem ait Gordianus etiam in libertate ante eum, nempe à diuo Seuero, admiſſum eſſe vt verba modalia actionem parerent; vt & in *dict. §. mortuo, & l. libertas 17. §. 1. inf. de manumiſſ. teſtam.* Ex quibus locis in eam coniecturam venimus vt de rebus fauorabilibus, quales ſunt libertas & alimenta, quamuis ſub modo tantum relictis, actionem fuiſſe. Certe alimenta fuerunt maxime fauorabilia, vt conſtat ex *l. 3. infr. de his qu. pro non ſcript. l. is cui 11. l. ſeruos 17. infr. de aliment. leg.* Quare hoc loco adiuti dicere poſſumus alimenta etiam per modum relicta neceſſariam habuiſſe præſtationem. Imo ex *l. libertas 17. infr. de manumiſſ. teſtam.* Dicere poſſumus vbicunque manifeſta teſtantis volun-

tas exprimeretur cogendum fuiſſe eum à quo per modum aliquid relictum eſſet. Saltem profiteor ſiue ab ipſo hærede relicta eſſent alimenta ſub modo, officio prætoris ea præſtanda fuiſſe, argumento dictarum legum; ſiue à legatario vel fideicommiſſario, non aliter debuiſſe hæredem id legatum vel fideicommiſſum præſtare quam ſi legatarius vel fideicommiſſarius ei cauerit de alimentis alimentario præſtandis, *dict. l ſi tibi 19, inf. de legat. 3. dict. l. ſi Titio 71. in princ. & §. 1. inſr. de condit. & demonſtr.* Idem dico de alimentis quæ conditionis implendæ cauſa relicta ſunt, poſtquam eodem iure olim cenſebantur ſub modo & conditionis implendæ cauſa relicta. Alioquin certe non videtur tranſactioni locus in alimentis quæ peti non poſſent aut de quibus lis eſſe non poſſet: idq; addi velim ad ea quæ dixi in §. 1. *verſ. ſed et ſi ſup. hac leg.* Quæ ſequuntur hinc ad §. qui tranſigit. facilis ſunt nec digna admodum noſtra opera.

Ad §. Qui tranſigit.

SI alimentis legatis legato verum eſt contineri etiam veſtiarium, habitationem, calciarium, vt diximus *in §. 1. ſup. eod.* conſectarium erat tranſactione de alimentis facta & de illis factam videri: quia eadem cauſa eſt liberandi atq; obligandi, tranſigendi atq; contrahendi, *l. inter 83. §. ſacram, inf. de verb. oblig.* Diariis vel cibariis relictis non cenſetur quidem habitatio neq; veſtiarium neq; calciarium relictum, *l. diariis 21. inf. de aliment. legat.* qua ratione etſi de diariis vel cibariis tranſactum eſſet, non cenſeretur tranſactum etiam de habitatione aut veſtiario aut calciario: ſed cur alimentis legatis plenius accipitur legatum, vt ad ſuperiora quæ diximus, extendamus; *l. vlt. eod. tit.* tranſactione vero facta minus plene eam interpretamur? Sed ſufficit ratio quam adfert Vlp. ex D. Marco ſeu SCto quo expreſſum eſt, vt ne aliter tranſactio de his facta intelligatur aut valeat quam ſi ſpecialiter de habitatione & veſtiario vel calciario facta eſſet. Mihi crede, lector, nulla alia ratio eſt quæ facere potuerit quo in tranſactione, alimentorum nomen minus late accipiendum fuerit quam in legato alimentorum. Quod eo dico vt caueas ab iis qui in legato alimentorum cur etiam habitatio, veſtiarium, &c. ſine quibus corpus ali non poteſt, legata cenſeantur, rationem adferunt ex eo quod ſoleamus plenius voluntates defunctorum interpretari: cur vero tranſactione de

ne de alimentis expreſſa non ſoleamus eam vltra cibaria extendere, dicunt quia tranſactiones accipiuntur ſtrictius. Imo citra vllam coniecturam voluntatis defunctorum, inquam, & ex ipſa alimentorum natura id legatum interpretamur. Quod Iauolenus *in l. 6. inf. de alim. legat.* adfert cur alimentis legatis & veſtitus & habitatio debeantur, quia ſine his ali corpus non poteſt, inquit, amabo, id minuſne verum eſt in tranſactione quam in legato? Hæc ratio certe non teſtamentorum propria eſt, quæ in corpus alimentarij collata & directa eſt: & qui de vltimarum voluntatum interpretatione rationem adferunt, mihi videntur leuius quam par ſit ponderare rationem Vlpiani cum dicit hoc loco D. Marcum voluiſſe etiam de iſtis ſpecialiter tranſigi. Id enim voluiſſe otioſum & ſuperfluum eſſet adeoq; tanto imperatore iiſq; temporibus quibus maxime ſi vnquam, floruit iuriſprudentia, indignum ſi & alias ſine ea tam enixa voluntate idem iuris erat. Veriſimilius eſt igitur D. Marcum ſuſceptam de alimentis cauſam oratione ſua vſque eo deduxiſſe quo ſine eius patrocinio peruenire non potuiſſet.

Ad §. *Si vni.*

CÆtera quæ hoc loco dicuntur, paria ſunt iis quæ *ſupr. in* §. *ſi integra.* Hoc tantum diuerſum quod illo loco quæ quantitas vel res legata eſt, vt legatarius ex eius vſuris vel fructibus ſe aleret, eam quantitatem vel rem mortis tempore rogatus eſt alimentarius reſtituere: qua reſtitutione legatum alimentis ſimilius factum eſt, quia alimẽta morte finiuntur. Et ita facilius fuit idem decidere atq; de alimentis. Hic vero legatarius non rogatus eſt fundum reſtituere, ideoque fundus ipſe pleno iure cenſetur legatus, *vt in l. 4. inf. de alim. legat.* Et tamen perinde ac ſi alimenta relicta eſſent, dicitur non poſſe eum fundum aliter diſtrahi quam prætoris arbitratu. *In d.* §. *ſi integra.* dubium non fuit vſumfr. tantum vel quaſi relictum eſſe, eo quod legatarius rogatus fuerit integram quantitatem vel rem poſt mortẽ ſuam hæredi reſtituere: Hic vero vbi nullum tale fideicommiſſum eſt, nulla talis reſtitutio facienda, dubitari poteſt magiſne alimenta an fundus ipſe legatus habẽdus ſit. *Si vni pluribusve fundus ad alimenta fuerit relictus*, inquit: Id facit quo magis alimenta tantum videantur relicta. Contra tamen deciditur de legato proprietatis, quia

Oo 3 ſcili-

ſcilicet, vt Valens ICtus in *l. penult. in fin. infr. de alim. legat.* Illa adiectio, *ad alimenta.* magis ad cauſam prælegandi quam ad vſumfructum conſtituendum pertinet. Cauſa vero certe non ſolet legatum reſtringere eive vllo modo nocere, *l. demonſtratio 17. §. quod autem, l. cum tale 72. §. falſam cauſam, infr. de condit. & demonſtr.* Et ita quoque hoc loco inducitur ne noceat legato proprietatis. Ita tamen vt nec legatum proprietatis noceat legato alimentorum. Alias quidem noceret & derogaret, vt maius minori. Sed hoc loco non nocet: Imo vtrunque communicatur, vtrique locus eſt, vtrunque retinet ius ſuum; quatenus ſcilicet vtrunque ſpecialiter expreſſum eſt, & legatum fundi ſeu proprietatis & de alimentis quoru m cauſa legatum eſt, ſpecialiter vetita tranſactio ſine prætore. Facit *l. ſeruis. 99. in fin. infra de legat. 3.* Ea re fit vt legatarius cum fundum ſine prætore alienare non poſſit: eoque vſq; porrigitur ſententia SCti, quaſi quod amplius legatario relictum eſt quam alimenta, nempe proprietas, id legatario ipſi nocere non debeat, cuius omnino commodo introductum eſt ne de alimentis tranſigere poſſit citra prætoris cognitionem. Et illud eſt quod in l. 4. ſup. tractauimus ſuperflua non nocere. Maxime vero ea nocere non debent quæ in eum finem potius introducta ſunt vt proſint. *l. nulla. 25 ſup. de legib.* Alias quidem ſimpliciter reſpondetur non alimenta ſed fundum legatum videri, vt *in l. vlt. infra de vſufr. ear. rer. qu. vſ. conſum.* vbi pecunia ita Titio relicta vt poſt mortem eius ad Mæuium rediret, quanquam adicriptum ſit vt vſum eius Titius haberet, dici tamen proprietatem ei legatam eſſe & vſus ideo tantum mentionem factam, quia pecunia ab eo reſtituenda erat poſt mortem ſuam. Et *in l. ſpecies. 15. infr. de aur. & arg leg.* Vbi ſimiliter quamuis teſtator vſumfructum appellaſſet eoque Seiam legatariam contentam eſſe iuſſiſſet; non cominus tamen reſpondit Scæuola proprietatem legatam videri: quia ſic teſtator ideo tantum appellaſſet quia ſpecies auri & argenti quas legaſſet, Seiam poſt mortẽ ſuã reſtituere voluiſſet. Sed contra tum *in dict. §. ſi integra.* teſtator non tam appellauit alimenta, quia mortis tempore ſummam legatam reſtitui voluit, quam ideo reſtitui voluit, quia pro alimentis tantum legaſſet. Quod ſatis declarant hæc verba, *vt ex vſuris eius ſe alat,* inquit: tum hoc loco vbi nullum reſtitutionis onus vel fideicommiſſum fuit, pro alimentis interpretatio fit quaſi alimenta relicta

ſint;

Digitized by Google

ſint; quia & ſi proprietas legata ſit, non ita fruſtra teſtator appellauit alimenta; imo hanc cauſam legati fundi oſtendit, quæ cauſa poſtquam per ſe legatario prodeſſe poſſet, ne eorum valeret alienatio ſine prætore facta; iniquum videtur id commodum ei tolli per legatum proprietatis, nam quod alias legato proprietatis tollitur legatum alimentorum, id fit quia ſpecies generi & maius minori derogare ſolent; ſed ſiquid in genere ſpeciale eſt, ei certe non derogatur per genus. Species enim non derogat ſpeciei: imo hæc communicanda ſunt. *dict. l. ſeruis. 99. §. vlt. infra de legat. 3.* Vt certe ſpeciale eſt & ſpecialiter introductum quod de tranſactione alimentorum tractatur hoc loco.

Ad verſic. Sed ſi pluribus.

PRohibita tranſactione ſuper alimentis, hæc mẽs SCti fuit vt ſic prohiberet alienationem alimentorum. Vt nõ minus alienantur alimẽta inter ipſos alimentarios quam cum aliis. Sunt enim extranei inter ſe Facit *l. 7. in princ. infra de reb. eor. qu. ſub tut. l. licet. 42. §. ſi plures. infra de procurat.*

Ad verſ. Idem eſt.

ACceſſio ſemper ſequitur naturam principalis. *l. itaque. 32. cum l. ſequ. infra de edil. edict. l. ex empto.* 11. § *ſiquis rem. infra de action.* Vt pignus hoc loco eſt acceſſio principalis de alimentis obligationis. Ergo & de pignore intelligenda eſt quoque prohibita tranſactio, non minus quam de alimentis. Facit *l. Luc. Titius. 12. infra de aliment. legat. §. arbitratu. facilis eſt. §. ſi præter ſeipſum ſatis explicat. facit. l. 6. cod. de præd. minor.*

Ad §. Sed ne.

POteſt prætor vel præſes ea demum mandare alii quæ ſuo iure, id eſt iure magiſtratus habet, verbi gratia iuriſdictionem. Iuriſdictio dicitur iure magiſtratus competere, quia nullus eſt magiſtratus qui hanc non habeat, eo ipſo quod ſit magiſtratus. Quę vero alieno beneficio ſeu aliunde habet quam à nomine aut iure magiſtratus, id eſt quæ non haberet quamuis magiſtratus eſſet, niſi nominatim ei conceſſa eſſent lege vel SCto vel conſtitutione principis; ea certe nec ſimul transferuntur

Ad §. *Si eidem.*

QVæ prius debentur, merito ipſo temporis prius ſoluenda ſunt, ſolutio prius facta eis imputatur, *l.3. l.cum ex pluribus 103. infr. de ſolut.* At legatum purum prius debetur quam conditionale. Purum ſtatim debetur: conditionale tũc demum cum conditio extiterit, *l.5 inf. quand. dies legat. ced.* Alimentorum vero legatum non purum. Alimentis legatis, poſtquam eius legati nõ ſemel cedit dies, ſed ſingulis annis vel menſibus vel diebus, dicendum eſt non vnum, ſed plura legata eſſe, quorum primum purum ſit, cuius dies cedit ſtatim à morte teſtatoris: cætera vero conditionalia tacita huiuſmodi conditione, ſi viuat legatarius. Eorumq; ſingulorum dies cedit initio cuiuſq; anni vel menſis vel diei quo relicta ſunt, *l.4. l in ſingulos 8. l.cum in annos 11. infr. de ann. legat. l.cum in annos 10. l. nec ſemel 12. l. cum in annos 23. infra quand. dies legat. ced. l. 1. §. ſi in annos, inf. ad leg. falcid.* Ex quibus euidens ratio eſt eius quod dicitur hoc loco vbi agitur tantum de imputatione eius quod propter tranſactionem quæ nulla eſt, datum ſit, ex quo ideo nihil debetur, in ſolutionem puri legati quod præter alimenta relictũ eſt, quod iam debetur; & quod hoc loco adiiciendum eſt, in ſolutionem primi alimentorũ legati. Nam vt diximus id purum eſt, niſi nominatim adiectum ſit, vt in fine anni vel menſis vel diei vel alterius temporis ſoluantur, vt in *d. l. nec ſemel 12. in fine principij.* Omnimodo quod tempus à teſtatore dictum ſit, poſtquam alimentorum legatum huiuſmodi eſt, vt ad hæredes alimentarij tranſmitti non poſſit, conditionem facit *l.5. l. nam cum 8. inf quand. dies leg. ced. l. vni. § libertatib. C. de caduc. toll.* Hac igitur ratione hic ait Vlp. ſi plus ex tranſactionis cauſa ſolutum ſit quam ſit in puro legato quod præter alimenta relictum eſt, id quod ſuperfluum eſt cedere debere in cauſam alimentariam, id eſt in ſolutionem eorum alimẽtorum quorum dies iam eſſet: quæ alimenta in §. ſeq. appellat præterita. Huius ſeq. §. eiuſve quod in eo dicitur, eadem ratio eſt. Satis eſt enim plura eſſe legata, quorum aliorum dies iam ceſſerit ideoq; debeantur, aliorum nondum ceſſerit, quæ ideo nondum debeantur, vt quæſtio hæc locum habere poſſit. Quæ quæſtio vel deciſio non alio ſpectat quam eo vtrum id quod inutilis tranſactionis cauſa datum eſt, repeti poſſit, quaſi ob cauſam datum cauſa non ſecuta: de quo eſt *leg. eleganter 23. §. penultimo infra de condictio. indeb.*

an po-

Digitized by Google

alimenta relinquebantur. Sed tamen id non perpetuum aut neceſſarium fuit. Alioquin Vlpianus in *dict. l. 3. §. quamuis.* non ſpecialiter iis quibus minuta alimenta relicta eſſent, hanc cautionem remitti dixiſſet, ſed illud, minuta, omiſiſſet, quaſi ſua ſponte ſatis intelligeretur, poſtquam non alia relinquerentur quam minuta. Qua de re diximus iam in principio huius legis, §. ſi cui, facilis eſt.

Ad §. Si ad habitationem.

HAbitatio alias dicitur factum habitandi, vt in *l. penult. inſr. de cap. minut.* alias vero ſumitur pro domo ipſa habitanda. vt in *l. 1. infra commodat.* facit *l. ſi gratuitam* 17. *inf. de praſcript. verb.* Et hoc ſenſu hic vſurpatur cum dicitur per tranſactionem conueniſſe, vt pro certa annua quantitate quæ in habitationem relicta eſt, habitatio præſtaretur. Cuiuſmodi tranſactionem ait valere. quamuis ſine prætore factam: *quia fructus habitationis præſtatur*, inquit: fructus nomine intelligit rem ipſam ſeu domum habitandam, vt dixi: Pro iſta ratione quam adfert Vlpianus, notandum eſt pecuniam numeratam haberi loco generis ad res omnes æſtimabiles quæve pecunia numerata æſtimari poſſunt: res vero ipſas æſtimabiles, ad pecuniam numeratam loco ſpecierum eſſe, adeo vt quemadmodum dicitur genus ineſſe vi ipſa ſpeciei, non contra ſpecies generi: ita dicere poſſumus qui fundum habet, habere etiam pecuniam quam ex venditione eius redigere poſſit, non contra qui pecuniam numeratam habet, habere etiam hanc vel illam rem, puta fundum alienum, *l. ſi ita* 42. *inſr. de fideiuſſor. l. tantum* 88. *inſr. de verb. ſignif. l. ſi pecunia* 12. *inſr. de legat.* 2. *l. ſi fundus* 65. *inſr. ad leg. falcid.* Ex quibus manifeſta ratio eſt cur tranſactio hoc loco valeat, quamuis ſine prætore facta. Plus eſt ſcilicet in habitatione quæ per tranſactionem præſtatur tanquam in ſpecie, quam in nummis qui in habitationem relicti ſunt, tanquam in genere: ac proinde tranſactio alimentario vtilis eſt, *licet ruina vel incendio ſubiecta eſt*, inquit: Tranſactio ecce pro domo per tranſactionem in habitationem præſtanda. Cur vero hic non habeatur ratio huius periculi cui ſubiecta ſit tranſactio cur ve ea non eo minus valeat, hæc certa ratio eſt quia ruina & incendium ſunt caſus fortuiti & rari, quorum ideo ratio in conſtituendo iure non habenda ſit, *l. 3. 4. 5. ſup. de legib.* Sed in ſe-

quenti ſpecie quæ plane contraria eſt, nunquid conſequens erat vt contrarium iuris eſſet? id eſt tranſactio non valeret. Nam ſi in priori ideo valet tranſactio quia per eam melior conditio alimentarij facta eſt, profecto debet in ſequenti non valere; quia deterior conditio facta ſit. Deterior vero facta eſt, quia plus eſt in habitatione quæ relicta eſt quam in nummis quos dari per tranſactionem placuit. Nihil nunc ſuccurrit quod reponere poſſim, niſi forte quod potius ex hoc loco colligere debeamus, vt tranſactio ſine prætore facta valere poſſet, non neceſſe fuiſſe, meliorem alimentarij conditionem per tranſactionem fieri: ſatis fuiſſe ſi non fieret deterior. Et quod in ſuperiori ſpecie admiſſum eſt tranſactionē valere, in eo id ſuperfluum fuiſſe quo ad plus eſſet in habitatione de qua præſtanda conuenerit. Sane cum Vlpianus ſic ait, *quia fructus habitationis præſtatur*, &c. Nihil notat quod ſit maius iis nummis qui relicti ſunt. Hoc tantum vult nihil perire ipſi alimentario, quia habitatio pro nummis in habitationem relictis eſſe poſſit. Quod ſi ita eſt, conſtat cur non minus hic valeat tranſactio quam ſuperius: quia ſcilicet ſi incrementum in eo quod plus eſt in habitatione quam in nummis, ibi ſuperfluum fuit nec ad tranſactionem profuit, hic quoq; nocere non debet. Contrariorum eadem eſt diſciplina, *l. qui cum 9. in princ. & §. 1. & §. ei qui. eiusdem explicationis eſt cum l. 3. §. 1. ſup.* vbi ea defuncti ſumus.

Ad §. Qui per fallaciam.

SI non per fallaciam cohæredis ad tranſigendum inductus eſſet, etiamſi ignorans vniuerſa quæ in vero eſſent, tranſegiſſet; tranſactio tamen valeret, ſed de his tantum accipienda eſſet quæ vterque ſciuiſſet & ſenſiſſet, vt in *l. 3. §. 1. ſupr. eod. & infr. in fine huius legis, l. non eſt in 2. reſponſ. infr. eod. l. Lucius 78. in fin. infr. ad Trebell.* Qui vero per fallaciam cohæredis aut cuiuſque aduerſarij omnino ad tranſigendum acceſſit, non tam paciſcitur quam decipitur. Is caſus eſt quo dolus dicitur dare cauſam contractui: qui dolus non patitur vt vllatenus contractus bonæ fidei valeat. Vnde ſupereſt, vt agatur de dolo ab eo qui deceptus eſt ſi eius intereſt deceptum non eſſe, *l. 7. inf. de dolo.* Porro tranſactionem quemadmodum & cæteros contractus incertos, bonæ fidei eſſe non dubium eſt, vel ex hoc loco, vbi eximit caſum quo Aquiliana ſtipulatio interpoſita ſit.

Non

Non alia enim ratio eſt cur diuerſum ſit ſi ea ſtipulatio interpoſita quam quod ea ſit ſtricti iudicij, nec eo minus ſuo iure quod vtique ciuile & verborum eſt, nitatur quod per fallaciam elicita ſit, non eo minus cōtrahat quis quod decipiatur in eo ve vt ſtipulanti promittat, circumſcribatur, *l. ſi quis cum aliter 36. infr. de verb. oblig. §.1. inſtit. de except.* Itaque etſi transactio ſtricti iudicij eſſet, quamuis per fallaciam elicita, non eo minus valeret.

Ad l. de re, 10.

HÆc lex facilis eſt. Nempe pater filiis emancipatis extraneus eſt, & illi patri extranei. Atqui inter extraneos aliquorum pactionibus non læditur ius cæterorum, *vt in l.3. ſup. legem, poſt rem 11. explicauimus cum l. & poſt rem 7. ſupr. leg. non eſt 12. cum dict. l.3. §.1. l. nulli 13. facilis eſt ex l.1. ſupr. de offic. procurat. Cæſar.* facit *l. mandato generali 60. infr. de procurator. l. tranſactionis* 8. *C. hoc tit. legem, controuerſia, explicauimus ſupra in l.3. in princ.* Notanda eſt tantum varietas lectionis inter Pandectas Florentinas & Noricas. Sic enim legunt Noricæ. *Reſpondit ſi iidem creditores eſſent qui tranſactionem feciſſent, id obſeruandum de ære alieno quod inter eos conueniſſet.* Florentinæ non habent id totum, id obſeruandum, &c.

Ad l. Pacto conuento, 15.

NE actor priſtina actione rurſus agere, reus vero eiusve hæredes exceptionem quæ ex tranſactione competit, per obliuionem vel ignorantiam vel omnino per negligentiam omittere poſſint; Iam ſupra dictum eſt tutius eſſe tranſactioni adiicere ſiue acceptilationem ſi forte ſit verborum obligatio de qua tranſactum eſt, ſiue Aquilianam ſtipulationem ſi forte alia ſit obligatio: ſed hoc loco amplius dicitur conſultius eſſe acceptilationi pœnalem ſtipulationem ſubiungere, ex qua reus agere & pœnam petere poſſit ſi actor de integro agat, *l. promiſſis 37. C. hoc tit.* Sed dices quonam modo actor ex integro agere poteſt, cum ipſo iure per acceptilationem actio ſublata ſit, *l. vt reſponſum 15. Cod. hoc tit.* Non poteſt quidem actor inuito reo agere, inquam: Habet enim reus exceptionem. Sed ita accipiendum eſt ſi velit, *l. ſi diuerſa 14. l. vbi pactum 40. C. hoc tit l. pupilli 96. § 1. infr. de ſolution.*

Mutuo vero conſenſu quid non poteſt inter reos? Ita res agitur inter ipſos: reus creditorem ita rogat, quod tibi ex verborum obligatione debeo, id acceptum habes. creditor reſpondet, habeo. Reus rogat, ſi amplius ea de cauſa egeris, viginti ſpondes? creditor reſpondet, ſpondeo. Iſta poſterior interrogatio ſeu ſtipulatio condicionalis, ſi amplius ea de cauſa egeris, conditionem acceptiolationi quæ præceſſit ſeu ſolutioni priſtinæ obligationis adiicere non poteſt. Id enim non integrum eſt in præterita acceptilatione, prӕterquam quod acceptilatio conditionem pati non poteſt. Sed ex ea ſtipulatione conditionali, ſi amplius ea de cauſa egeris, tacite pactũ oritur vt creditor eadem ex cauſa agere poſſit. Quod tamen poſtquam nudum eſt quia non eſt in diſpoſitione vel ſtipulatione ſed in condicione tantum, ideo ad actionem valere aut priſtinam per acceptilationem ſemel ſolutam reſuſcitare non poteſt, niſi priſtinus reus eam ſua ſponte ſuſceperit: quod poteſt, exceptione ex tranſactione, vel acceptilatione conſulto conſilio omiſſa. Quomodo committitur ſtipulatio de pœna, id eſt ex ea agi & pœna exigi poteſt. Ante cauſæ cognitionem, inquit *dict. l. vbi pactum.* 40. *cod. hoc tit.* Id eſt ſtatim poſt litis conteſtationem nec expacteta rei iudicatione aut vlteriori cauſæ cognitione. Expectanda eſt tamen certa litis conteſtatio. Nam ante non certum eſt an reus priſtinam actionem ſuſcipere velit nec ne. Hæc ſententia ſumpta eſt *ex lib. Pauli primo tit. primo.*

Ad L. Qui fidem. 16.

CReditor ꝓprie fidẽ tranſactionis rumpit: is ſolus poteſt rumpere. Debitor vero quî poteſt? Rũpitur tranſactionis fides quando agitur contra tranſactionẽ, quod poteſt creditor priſtina actione agendo. Debitor vero non poteſt, qui actionem non habet neque priſtinam neque nouam. Nihil priſtinum quidem habet, exceptionem tantum nouã habet ex tranſactione ad eam defendendã. Pone igitur creditorẽ tranſactionis fidem rupiſſe: hæc lex ait eum non tantum exceptione ſummoueri (qua ratione certe ratum manet pactum, rata tranſactio) ſed & pœnam præſtare cogi, quam debitori ſtipulanti promiſit ſi contra placitum faceret. In ſuperiori lege priſtinus reus non aliter potuit pœnam ex ſtipulatu petere quam ſi priſtinam actionem ſuſciperet & condemnatio-

Digitized by Google

mnationem pateretur. Quomodo non ratum manſit pactum: neque tamen tranſactionis fides eo caſu rumpi dicitur. Siquidem id fit vtroque volente vt ibi diximus. Hic vero priſtinus debitor pœnam ex ſtipulatu petere poteſt, quamuis actionẽ non ſuſcipiat: & petere poteſt quaſi creditor fidem tranſactionis ruperit: qui ſcilicet id facere tentauerit inuito debitore. In hac lege hoc ſupplendũ eſt, in quo à ſuperiori diuerſa eſt; ita ſcil. conueniſſe & ſtipulationem interpoſitam eſſe vt ſi creditor agere tentaret, etiam ſi exceptione ex tranſactione remoueretur, ideoq; fruſtra agere tentaret; nihilominus pœnã prȩſtaret, ſeu vt quamuis pœnam præſtare cogeretur, tamen debitor actionem eius ſuſcipere non teneretur. Ex qua differentia oritur alia etiam notanda: nempe in ſuperiori lege vbi pactum ſeu tranſactio reſcindi potuit, non tantum pœna peti potuerit, ſed etiã id quod tranſactionis cauſa datũ fuerit, quaſi trãſactio nulla fuerit quæ poſtea reſciſſa eſt, vt diſerte ait *d. l. vbi pactũ.* 40. *cod. hoc tit. & l. eleganter.* 23. §. *ſiquis. inf. de con. in.* Hic vero vbi rata manſit, pœna tantũ peti poſſit, non etiã quod tranſactionis cauſa datum eſt. Poſſit tamen hæc pœna videri eſſe loco eius quod tranſactionis cauſa datũ eſt: vt cũ ea præſtita eſt, perinde ſi atque ſit tranſactionis cauſa datum reſtitutum ſit. *l. vlt. infra de ſtipulat prætor.* Quomodo reus pergit per tranſactionem liberatus eſſe, & tamen nihil videtur dediſſe. Cuiuſmodi pactum reprobatur in venditione. Non valet enim vt venditor euictionis nomine non teneatur, nec minus tamen pretium retinere poſſit *l. ex empto.* 11. §. *vlt. infr. de action. empt. l. quod ſi* 10. *cum l. ſequ. infr. de hæredit. vel act. vendit.* Sed de hoc loco ſic tranſigendum eſt, in venditione non admittitur quando res certa vendita eſt, puta Stichus vel fundus Tuſculanus. Nam eo caſu iniquum eſt nihil ex ea re apud emptorem eſſe, venditorem vero non eo minus pretium retinere. Cum vero incertum aliquid venditum eſt, puta iactus retis futurus vel indago. Plagis à venatore poſitis, eo caſu admittitur, nec iniquum videtur vt venditor pretium retineat, quamuis emptor nihil habeat; quia nihil captum ſit, *d. §. vlt.* Sic in tranſactione huiuſmodi pactum admittitur, quia quod remittitur, in tranſactione, id ita omnino incertum eſt. Nihil enim remittitur quam euentus incertæ litis.

Ad l. venditor. vlt.

DIrectæ actiones ſemel acquiſitæ in alium non tranſeunt quam in hæredem vel in arrogatorem. *l. ſed & ſi.25. §. ſi operas. infra. de vſufr. l. quæcunque. 11. inf. de oblig. & act. l. ſi cum quis. 41. §. 1. l. ſi dominium. 47. inf. de furt.* Hoc caſu igitur quo hæres hæreditatem vendidiſſet, cum aliter emptor non poſſet debitores hæreditarios conuenire quam ſi hæres ſeu venditor qui directas actiones contra eos haberet, eas ex cauſa venditionis ei ceſſiſſet vel mandaſſet, eo procuratore in rem ſuam facto; ſed neque id ei ſufficeret quia hæres hoc mandatum reuocare poſſet ante litem à procuratore conteſtatã, *l. 3. C. de nouat.* ei in cõmodo ſuccurrit D. Pius ita vt ei emptori eo nomine vtiles actiones daret quas ſuo ipſius nomine nec tãquam procurator ſed tanquã dominus ex æquo & bono exerceret. *l. ſi cũ empt. 16. ſup. tit. prox. l 5. C. de hæred. vel act. vend.* Ex quo caſu idẽ iuris poſtea in ſimiles caſus deriuatũ eſt, vt videre eſt *in l. cũ cõuenit. 20. inf. de pign. l. 1. §. nũc tractemus inf de tut. & ration. diſtrah. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. 7. 8. & 9. C. de hæred. vel act. vend. l vlt. cod. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui debit. conuen poſſ. l. 4. eod. ſi cert. pet. l. ex legato. 18. cod. de legat.* Quo iure introducto dici cœpit procuratorẽ ceſſionis cauſa in rem ſuã factum quamuis non ſuo nomine agat, domino tamen præferendum eſſe, ſi forte dominus mandatum reuocare & per ſe agere velit quod alioquin poteſt. *l. 3. cod. de nouation.* Qui enim ſuo nomine vtiles actiones habet, rite eas intendit. *leg. quæ omnia. 25. in fin. l. procuratore. 55. inf. de procurat.* Quo caſu etiam ſi dicatur procurator in rem ſuam factus, deſiit tamen eſſe poſtquam dominus mandatũ reuocauit. Reuocaſſe autem apparet eo ipſo quod ipſe agere voluerit. Itaque *in dict. l. procuratore* Vlp. ait tantum procuratorem ſuo nomine vtiles actiones quas habet, rite intendere. Quæ vtiles actiones tunc demum competunt cum directæ ceſſant, ſeu quia mandatæ non ſint, ſeu quia mandatæ nõ durent. Deniq; in directarum tantũ ſubſidium dantur ex æquo & bono. *dict. l. 1 §. nunc tractemus. infra de tutel. & ration. diſtra.* Quo æquo & bono quibuſve vtilibus actionibus emptor hæreditatis incipit loco hẽredis haberi & actiones vtiles quę ædãtur, loco hæreditariarum ſeu directarum eſſe. *l. 2. §. cum quis infra de hæredit. vel act. vend.* Quomodo directæ illæ quæ apud hæredem eundemque venditorem ſuperſunt

ſunt inutiles remanent. Inde habemus nec poſſe eũ tranſigere cum debitoribus hæreditariis, quemadmodum nec ab eis exigere; quaſi creditor eſſe deſierit, poſtquam dicitur emptor ei præferendum. Denique ſi ue exigeret, contra factum ſuum ſeu venditionem ſuam veniret, quod turpe eſt. *l. poſt mortẽ. 25. ſup. de adoption* Quid igitur ſi contra quã ex æquo & bono debet, tranſegerit? Si per iudicem exegerit quidem, nulla quæſtio eſt: quin abſciſſe dicendũ eſt debitorem exceptione rei iudicatę tuendum eſſe. Vix enim vlla de eo debitoris culpa eſſe poteſt. Cæterũ venditor id quod conſecutus fuerit, integrum emptori actione ex empto reſtituere compellitur. *l. venditor. 23. §. 1. inf. de hæred. vel act. vendit.* Sed in tranſactione diſtinguendum eſt vtrum debitor venditam ab hærede eſſe hæreditatem ſciuerit nec ne: ſi ſciuerit, in dolo eſt. Nam intelligere debuit cum emptore potius tranſigendum eſſe quam cum hærede, cum pótiores ſint vtiles actiones quę dantur emptori ſuo nomine ex facto hæredis, quã directæ quę iure ciuili competunt hæredi. Eadẽ ratione in dolo eſt quo dicitur ſi cum emptore pactus ſit, cum venditori poſtea petenti doli exceptionem obiicere poſſe. *dict. l. ſi cum emptore. 16. ſup. tit. prox.* non alium enim obiicit dolum quam in quo eſt venditor qui petit ex cauſa hęreditatis quam ipſe alienauit: in quo dolo & ipſe videtur qui ei contra huiuſmodi alienationem agenti vel tranſigenti aſſenſit. Eadem denique ratione in dolo eſſe videtur qua datur Pauliana actio reſciſſoria aduerſus eum qui ab eo debitore emit quem ſciebat in fraudẽ creditorum alienare. Si vero neſciuerit, excuſandus eſt ac propterea illi accommodanda exceptio tranſacti negotii. *Accommodanda*, inquit. Quo verbo ſignificat vtilem exceptionem, quæ quemadmodum & actio, datur in ſubſidium directæ, quæ directa non datur niſi aduerſus eum cum quo tranſactum eſt. Nam regula iuris eſt inter alios acta aliis non nocere. Contra quam regulam ex mero æque & bono hic datur exceptio aduerſus emptorem hæreditatis ex tranſactione quam fecit cum venditore hæreditatis. Sic excuſandus erit debitor & liberabitur qui ignorans hæredi poſt venditionẽ hęreditatis ſoluerit ꝙ defuncto debuit: quemadmodum & qui procuratori vel diſpenſatori ſoluerit, cũ neſciret procurationem ſeu mandatũ vel diſpenſationem eius finitã eſſe. *l. penult. inf. de reb. cred. l. diſpenſatori. 51. inf. de ſolution. §. recte quoq; in fin. inſtitut. de mãdat.*

Porro

Porro ſi ante venditam hæreditatem ſic hæres cum debitore tranſegerit, eo caſu diſtinguendi locus non eſt inter ſcientiam & ignorantiam debitoris: qui nec poteſt nec tenetur ſcire aut diuinare futuram venditionem, *l. ante reſtitutam* 104. *infr. de ſolution.* Et omnino quo in ſtatu eſt hæreditas cum venditur, in eo vendi videtur, *l. 2. §. 1. & §. ſi venditor, inf. de hæredit. vend.* Sequitur, *Idem reſpondendum eſt & in eo qui fideicommiſſum recepit hæreditatem ſi hæres cum ignorante debitore tranſegit*, inquit, Eadem plane ratio eſt ac ſuperius, & quemadmodum vtiles actiones quæ fideicommiſſario Trebelliano & in eum dantur, eum hæredi ſimilem faciunt; ita etiam quæ datur hoc loco emptori, cum hæredi ſimilem facit: nec non quæ creditoribus hæreditariis nonnunquam dantur in eos qui de hęreditate tranſegerunt, in ſingulos pro partibus quę ſingulis per tranſactionem expreſſæ ſunt, vt *in l. controuerſia* 14. *ſup.* diximus amplius in *l. 3. in princip. vide l. 2. §. penult. infr. de hæredit. vel act. vend. l. 5. §. 1. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt negot. geſt. eſſ. dic.*

FINIS.

VITTORIO EMANUELE BIBLIOTECA IN ROMA